

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة الجيلالي اليابس سيدي بلعباس

كلية الحقوق

# المسؤولية المدنية المعمارية

## دراسة مقارنة

رسالة دكتوراه علوم في القانون الخاص

الأستاذ المشرف:

- الأستاذ الدكتور: بودالي محمد

من إعداد:

- الطالبة: المير سميرة

أعضاء لجنة المناقشة

- أستاذ محاضر " أ " : تيزي عبد القادر، جامعة سيدي بلعباس ..... رئيساً؛
- أستاذ التعليم العالي : بودالي محمد، جامعة سيدي بلعباس..... مشرفاً ومُقرراً ؛
- أستاذ محاضر " أ " : مغربي قويدر، جامعة سعيدة.....عضواً مناقشاً ؛
- أستاذ محاضر " أ " : بن عصمان جمال، جامعة تلمسان.....عضواً مناقشاً .

السنة الجامعية: 2015 - 2016

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

قَالَ يَا قَوْمِ أَرَأَيْتُمْ إِن كُنتُمْ عَلَىٰ  
وَمَا أُرِيدُ أَن أَمْلِكُمْ إِلَهِي ۖ مَا أَنهَآ كُمْ حَنَّةٌ ۖ إِنِّي أُرِيدُ إِلَّا الْإِصْلَاحَ مَا اسْتَطَعْتُ ۖ  
وَمَا تَوْفِيقِي إِلَّا بِاللَّهِ ۗ عَلَيْهِ تَوَكَّلْتُ وَإِلَيْهِ الْأُنْيَابُ (١٨١)

سورة هود آية 88

”لا تطلب سرعة العمل على حساب جودة ، فإب الناس لليسألوك في كم فرغ من هذا  
العمل وإنما يسألوك عن جودة”

أفلاطون

”إنني رأيت أنه لا يكسب إنسان كتابا في يومه ، إلا قال في خروجه : لو خير هذا الكتاب أحسن ، ولو زيد  
كثرا لكان يسحس ، ولو قدح هذا لكان أفضل ، ولو ترك هذا لكان أجمل ، وهذا من أعظم العبر ،  
وهو دليل أسئلة النقص على جملة البئر”

العماد الاصفهاني .

الأعزاء

- إله وإلهي الكريمين أطال الله في عمرهما

إله عائلتي الصغيرة، زوجي الذي لم يخلد علي بالمساعدة

إله طفلي الغاليين خديجة وأحمد.....

إله عائلتي الكبيرة.... إخوتي الأعزاء

إله طلاب العلم والمعرفة.....

.....أهدي هذا الجهد المتواضع

## شكر وعرفان

أنتدح بالشكر الجزيل والاحترام والتقدير الكبيرين من خلال هذه الرسالة

للأستاذ الفاضل الدكتور بوالهي محمد علي نصائحه وحرصه الدائم لنا.

فإن الله أتوجه ألى بمنحه الصحة والعافية والعمر المديد في الدنيا، وفردوس

أعلى في الآخرة.

## قائمة المختصرات

### أ) بالعربية

ق.ع قانون العقوبات

ق.م قانون المدني

ق.م.ف قانون مدني فرنسي

ق.إ.م.إ قانون الاجراءات المدنية و الادارية

### ب) بالفرنسية

Bull.civ.  
chambres civiles.

Bulletin des arrêts de la cour de cassation ,

JCP .

juri-classeur périodique ,semaine juridique .

LGDJ ,éd,N .

édition notariale.

LGDJ.

librairie générale de droit et de jurisprudence.

Réf.

référence

Rép.Dalloz .

Répertoire Dalloz.

Obs

observation

Op-cit

Ovrage précité .

المقدمة وإشكالية البحث

أولاً: المقدمة:

مما لا شك فيه أن أعقد المشكلات التي أتى بها هذا العصر، هي مشكلة حصول الإنسان على المسكن اللائق، الذي يجد فيه سكنته، ويحفظ عليه آدميته، فلقد غدا حصول الإنسان على مثل هذا المسكن مطلب عسير المنال، صعب التحقيق، بعد أن إختل التوازن، بين ماهو معروض وما هو مطلوب في هذا المجال بسبب الزيادة الهائلة في عدد السكان، التي لم تواكبها زيادة ماثلة فيما يشيد من مساكن وما يقام من مرافق عامة يستلزمها هذا العدد.

والنتيجة الطبيعية لهذا الوضع، هي إتجاه الإستثمارات الكبيرة في هذا المجال، من أجل توفير هذه الحاجة الملحة والسريعة للأفراد، فقد تعدى الأمر من الخواص إلى سياسات الدول، فقد أخذت العديد من حكومات الدول على عاتقها هذا النشاط الإستثماري كي تفي بالتزاماتها نحو الأفراد من توفير مساكن ومرافق ضرورية لهم.

بل أكثر من ذلك فقد أصبحت ورقة السكن، يراهن عليها الكثير من الساسة والمنتخبين من خلال برامجهم، بل تعادها إلى السياسة العامة للبلد، فقد أصبحنا نشاهد اليوم أن ورقة السكن تُساومها الدول، من أجل شراء الإستقرار والأمن داخل مجتمعاتها، خاصة وما يشهده العالم العربي من غزو غربي على حساب الأوضاع الإجتماعية في الأوطان العربية.

لهذا فقد بادرت الجزائر بتوفير حاجة السكان وتلبية طلباتهم وذلك بإستحداث عدة صيغ وبرامج سكنية، مثل السكن الإجتماعي "logement social" والبيع الإيجاري، والسكن الترقوي العمومي المدعم "LPA" والسكن الترقوي العمومي غير المدعم "LPP"، و البناء الريفي.

وتظهر أهمية قطاع البناء والتشييد، خاصة إذا ما علمنا، أن عدد العاملين في هذا القطاع في الدول النامية يربو عن 50% من إجمالي القوى العاملة في هذه البلدان ويعتبر هذا القطاع أيضاً أكبر مستهلك للفولاذ والأخشاب وغيرها من مواد البناء، فهو ليس مجرد صناعة بل هو مهنة خدمات<sup>(1)</sup>.

ولعل من بين أهم أسباب هذه الظاهرة، تطور أساليب الفن المعماري، التي أصبحت تمكن من إنجاز المباني الضخمة في وقت قصير، خاصة ما بلغته تكنولوجيا العصر من تفوق فيه فتطاول البنيان رأسياً وأفقياً خاصة بعد إقتحام الصناعة هذا المجال، وظهور أسلوب المباني سابقة التجهيز، كما عظم شأن المنشآت الثابتة الأخرى من معابر كبرى، وسدود، وأنفاق وشوارع أرضية ومعلقة إلى غير ذلك، مما يُغري محترفي عملية المعمار من مقاولين

(1) - د.هاشم علي الشهوان، المسؤولية المدنية للمهندس الاستشاري في عقود الإنشاءات، دار الثقافة للنشر والتوزيع، سنة 2009، الأردن، ص19.

ومهندسين، على سرعة إنجاز المشروعات الموكلة إليهم، للتعاقد على غيرها، ومثل هذه السرعة تأتي في بعض الأحيان على حساب متانة البناء وقوة تحمله.

فالتطور في الكم والكيف، والإمتداد الأفقي والرأسي في مجال التشييد والبناء، وما أصبحت تمثله قيمة ما يُشيد من أبنية من أهمية بالغة بالنسبة للإقتصاد الوطني، وكذلك تكرار حوادث إ يار المباني بعد تسلمها وأحيانا قبل تسلمها، وما ينتج عنه من مديد حقيقي لأرواح الناس وسلامة ممتلكاتهم، وهذا ما رأيناه في زلزال بومرداس قد تترجم من خلال عدم إكتفاء المشرع الجزائري بإخضاع مسؤولية المقاولين والمهندسين المعماريين إلى القواعد العامة من مسؤولية عقدية وتقصيرية، بل أخضع مسؤوليتهما لقواعد أخرى خاصة بما.

فمبررات التشدد واضحة في نصوص القوانين المقارنة، خاصة أن رب العمل لم يعد يواجه اليوم مهندساً أو مقاولاً فرداً، كما كان عليه الحال في السابق وإنما أصبح يتعاقد مع عدد من المكاتب والشركات سواء كانت هندسية أو مقاولاتية مُحترفة، ذات إمكانيات فنية ومادية ضخمة، مما إستلزم معه تدخل المشرع من أجل حماية الطرف الضعيف، في هذه العلاقة التعاقدية غير المتوازنة، إلا أن مظاهر هذه الحماية تظهر جليا في فروع القانون سواء في القانون الإداري بموجب قانون الصفقات العمومية<sup>(1)</sup>، أو في قانون العقوبات، أو في القانون المدني بموجب الامر 75-58 المعدل و المتمم وكذلك القانون 04 /11 المحدد للقواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية، إلا أن دراستنا هذه سوف تقتصر فقط على الشق الخاص بالمسؤولية المدنية.

وتظهر هذه الحماية من خلال نصوص القواعد العامة، أي المسؤولية العقدية والتقصيرية، وكذا نصوص قواعد المسؤولية الخاصة ( المسؤولية العشرية، ضمان كفاءة عناصر التجهيز، وتمام حسن الإنجاز ) وبالتالي فالمقاول (شخص طبيعي أو معنوي) والمهندس المعماري يخضعان إلى عدة مسؤوليات مدنية سوف تكون محل هذا البحث وهي:

(1) في القواعد العامة إذا تعلق الأمر بالمسؤولية العقدية، في حالة إخلال المقاول أو المهندس المعماري بالإنجاز أو أكثر من الإلتزامات، التي يرتبها عقد المقاولة، سواء كان هذا الإخلال، قد بدر منه قبل البدء أو أثناء التنفيذ، أو بعد الإنتهاء منه، متى كانت العلاقة العقدية بينهما لا تزال قائمة، إذ أن العمل المعماري ينطوي على العديد من الجوانب، منها ما هو مادي ومنها ما هو بشري، بالإضافة إلى وجود المواد الأولية الطبيعية والمُصنعة، يوجد العنصر التصميمي، الذي يقوم به المهندس المعماري ويتولى تنفيذه مقاول آخر، ويشرك معه عمال وفنيون ومقاولون من الباطن، فتثور حينئذ المسؤولية العقدية عن الأفعال الشخصية، وأفعال التابعين لهم سواء كانوا مقاولين فرعيين أو عمال ومساعدين.

(1) مرسوم رئاسي رقم 15-247 الصادر بتاريخ 16 سبتمبر 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

(2) ومن جهة أخرى (في نطاق القواعد العامة دائماً)، نجد المهندس المعماري والمقاول يخضعان، - خارج الرابطة العقدية - ، لأحكام المسؤولية التقصيرية، إذا توافرت أركانها وشروطها، في حالة إذا تسبب خطأ أي منهما لضرر أصاب رب العمل خارج نطاق العقد، كالضرر الجسماني الذي يُصيب هذا الأخير أثناء زيارته لموقع العمل أو خطأ تضرر منه شخص أجنبي تماماً عن العقد كالجيران أو المارة.

وبمرور السنين وتزايد الإستغلال، يدخل البناء في مرحلة القدم والحاجة إلى الصيانة والترميم ، والتقصير في ذلك يعد سبباً في دم البناء، حينها تقوم مسؤولية مالك البناء ، إذا توافرت جملة من الشروط تتمثل أساساً في حدوث التهدم، وأن يرجع هذا التهدم ( الضرر ) نتيجة لعيب في البناء أو قدم فيه أو إهمال في الصيانة طبقاً لنص المادة 2/140 من ق م ج.

(3) ليس هذا فحسب، بل إن المشرع الجزائري على غرار المشرعين الآخرين في باقي دول العالم ونظراً للدور البالغ الأهمية الذي تؤديه المباني وغيرها من المنشآت الثابتة، وما تخلفه من أضرار جسيمة لا سيما بالإقتصاد الوطني، لم يكتف بإخضاع كل من المقاول - (سواء شخص طبيعي أو معنوي " متمثل في شركات الترقية العقارية " ) والمهندسين المعماريين-، من أحكام عامة، بل فرض على عاتقهما نوع خاص من المسؤولية أو الضمان يسمى بالضمان العشري، حيث تثور مسؤوليتهما بالتضامن في مواجهة رب العمل، خلال عشر سنوات، تبدأ من يوم التسليم، عن كل ما يحدث في هذه الفترة من دم أو عيوب من شأنها ديد متانة البناء وسلامته طبقاً لنص المادة 554 ق.م.ج والمقابلة لنص المادة 561 ق.م.مصري .

(4) بالإضافة إلى ذلك، نجد التشريعات المقارنة خاصة المشرع الفرنسي ، قد إستحدثت ضمانات خاصة أخرى، تكمل الضمانات السابقة، وهي ضمان كفاءة الأداء، بحد أدنى لمدة سنتين، وضمن تمام الإنجاز لمدة سنة، لهذا قمنا بدراستها كذلك في فصل مستقل خاص لـ ا.

### ثانياً : إشكالية البحث :

ومن كل هذا تبرز لنا إشكاليات البحث :

(1) هل نجحت القواعد العامة في إعطاء للمضروب حقه كاملاً في حصوله على التعويض أو جبر ضرره ، سواء كان هذا المضروب هو نفسه رب العمل مثلاً أو كان هذا المضروب لا يرتبط مع رب العمل و لا مع المقاول أو المهندس المعماري بعقد مقابلة كالمارة أو الجيران ؟

(2) أما فيما يخص الإشكالية الثانية المرتبطة بالقواعد الخاصة، والتي تدف إلى إصباغ حماية خاصة للمضروب تختلف من ناحية شروطها عن القواعد العامة، سواء كان هذا المضروب هو رب العمل أو خلفه الخاص أو العام فهل نجحت

هذه القواعد الخاصة التي وجدت أصلاً من أجل تحقيق الحماية وإستقرار المعاملات داخل ا تمع، من أداء وظيفتها الرئيسية في ذلك ؟

### أسباب وأهمية موضوع الرسالة:

#### أولاً : أسباب الرسالة:

إن التداخل والتشعب والحيوية المتزايدة التي يحتلها موضوع المسؤولية المدنية المعمارية على الصعيد العملي، كانت رغبتنا في تجميع عناصر المسؤولية المدنية عن حوادث البناء على نحو يجعل منها موضوعاً متكاملًا يسهل التنسيق بين أحكامه والتوفيق بين جوانبه.

بالإضافة إلى ذلك، كان هناك سبباً أو دافعاً ذاتياً قوياً، يتمثل في رغبتنا أن نجد أي شخص له صفة معماري ضالته في مرجع واحد متخصص، يتناول جميع جوانب المسؤولية المدنية المعمارية ، خاصة وأن المراجع قليلة جداً إذ لم نقل نادرة في المكتبة الجزائرية تتكلم عن هذه المسؤولية، فقد توجد بعض الرسائل والبحوث ولكن تناولت جزئية معينة فقط ( الضمان العشري )

#### ثانياً : أهمية موضوع الرسالة:

فبعد أن فتح الباب أمام الخواص والأجانب، في إقامة مشروعات سكنية ضخمة، خاصة المشاريع الحالية، التي تنجزها الدولة على عاتقها من سكن إجتماعي، مروراً إلى السكن بصيغة البيع الإيجاري، إلى ترقوي عمومي، وما تنفقه الدولة من الملايير من الدولارات، أصبح موضوع المسؤولية المعمارية خاصة المدنية منها، تأخذ حيز كبير من الإهتمام سواء على مستوى الأفراد أو حتى على مستوى الإعلام والصحافة، لهذا يستحق منا كباحثين في ا مال القانوني، أن تكون دراستنا حول هذا الموضوع متكاملة في جوانبها ومستفيضة بما يوفر للقارئ معلومة كاملة ومتكاملة حول هذه المسؤولية.

المنهج المتبع وتحديد خطة البحث الرئيسية:

أولاً : المنهج المتبع:

إن موضوع المسؤولية المدنية المعمارية، يقتضي منا الإعتماد على المنهج التحليلي والمقارن فهو تحليلي بالطبع لنصوص القانون، والذي يعتمد على عرض مشكلة وموقف الفقه والقضاء، ومقارنته مع باقي التشريعات الأخرى لا سيما الفرنسية منها.

وقد رأينا أنه لكي تكون دراسة الموضوع محل هذا البحث، شاملة ومتكاملة لا بد من تقسيم الكلام

فيها إلى بابين:

الباب الأول: المسؤولية المدنية للمقاول والمهندس المعماري طبقاً للقواعد العامة؛

▪ الفصل الأول: المسؤولية العقدية للمقاول والمهندس المعماري؛

▪ الفصل الثاني: المسؤولية التقصيرية للمقاول والمهندس المعماري؛

الباب الثاني: المسؤولية المدنية الخاصة للمقاول والمهندس المعماري؛

▪ الفصل الأول: المسؤولية العشرية (الضمان العشري) في القانون؛

▪ الفصل الثاني: الضمانات القانونية الخاصة الأخرى (ضمان كفاءة الأداء وضمان تمام الإنجاز)

ولكن قبل إستعراض أحكام المسؤولية المدنية المعمارية، أمهد لذلك بفصل تمهيدي، نوضح فيه بعض

المفاهيم الخاصة بالمسؤولية المدنية بصفة عامة وكذا التعريف بعقد المقاول بصفة عامة كذلك.

وأيت هذا البحث، بخاتمة ضممتها ببعض الإستنتاجات والإقتراحات بصفة عامة.

وحسبي في بداية هذا البحث أن أقول: "إن أريد إلا الإصلاح ما استطعت وما توفيقي إلا بالله".

المبحث الأول : مفاهيم حول المسؤولية المدنية

إن الفرد يمارس حقوقه ضمن الإطار الذي رسمته له الأخلاق، كذلك الحدود التي رسمها له القانون فإذا ما تعدى ذلك الإطار المرسوم له اعتبر أنه مخالفا للقواعد الأخلاقية والقواعد القانونية، واعتبر مسؤولا تجب مؤاخذته. فالمسؤولية بوجه عام هي حالة الشخص الذي ارتكب أمرا يستوجب المؤاخذة<sup>(1)</sup>، وقد تكون أدبية أو قانونية ومصدر المسؤولية في اللغة العربية مصدر صناعي من كلمة مسؤول، مثل الوطنية مصدر صناعي من كلمة وطن والقومية مصدر صناعي من كلمة قوم.

والمسؤولية في المنجد هي ما كان به الإنسان مسؤولا أو مطالبا عن أمور أو أفعال أتاها<sup>(2)</sup> أي قيام شخص ما بأفعال أو تصرفات يكون مسؤولا عن نتائجها أي يتحمل تبعه ما سببه للغير من ضرر، وأن تتم مؤاخذته عما فعل، وهي إذا المعنى تعبر عن الحالة الفلسفية والأخلاقية والقانونية التي يكون فيها مسؤولا ومطالبا عن أمور وأفعال أتاها إخلالا بنواميس وقواعد وأحكام أخلاقية واجتماعية وقانونية<sup>(3)</sup>.

والمسؤولية القانونية بصفة عامة تنقسم إلى مسؤولية جزائية و مدنية ، فالمسؤولية المدنية عرفها الأستاذ فيدال "Vedal" بصورة خاصة حيث يرى أ ل : "الالتزام الذي يفرض شروطا معينة، بأن يقوم الشخص المتسبب في إحداث الضرر يجبره عن طريق التعويض العيني أو بمقابل<sup>(4)</sup> .

أما الأستاذ كابتان "Capitant" فيعرف المسؤولية المدنية : "بأ ل الالتزام بإصلاح ضرر أحدثناه لشخص عن طريق الخطأ"، ويعاب على هذا التعريف رغم بساطته ووضوحه أنه جعل المسؤولية شكلا من أشكال التأمين، وإغفاله لجانبها المتمثل في كوال الالتزام النهائي الذي يتحمله المتسبب في إحداث الضرر وما ينتج عنه من الناحية العملية بالنسبة للشخص المضروب وحقه في رفع الدعوى على التابع أو المتبوع أو عليهما معا. تنقسم المسؤولية المدنية إلى مسؤولية عقدية ، و مسؤولية تقصيرية .

(1) - د. سليمان مرقس، المسؤولية المدنية في التقنيات العربية، الأحكام العامة، القسم الأول، معهد البحوث والدراسات العربية، سنة 1971، ص1.

(2) - المنجد في اللغة والآداب والعلوم، المطبعة الكاثوليكية، الطبعة الأولى، بيروت، سنة 1960، ص316.

(3) - George Vedal, Droit administratif, Thémis presses universitaire de France, 6<sup>ème</sup> édition, 1976, p325.

(4) - George Vedal, Op.cit, p325.

### المطلب الأول : المسؤولية العقدية

يترتب على العقد إنشاء التزامات تقع على كاهل كل من طرفيه و القوة الملزمة للعقد تقضي بأن يقوم كل طرف بتنفيذ التزامه العقدي ، فإن لم يقم المتعاقد بتنفيذ التزامه عينا ، و طلبه الدائن، أجبِر المدين على تنفيذه ، فالأصل هو التنفيذ العيني للإلتزام . أما إذا لم يكن التنفيذ العيني للإلتزام ممكنا و لكن لم يطلبه الدائن و لم يبد المدين استعدادا للتنفيذ العيني ، فلا يكون أمام القاضي إلا الحكم بالتعويض إذا توافرت شروطه ، وهذه هي المسؤولية العقدية.(responsabilité contractuelle).

### الفرع الأول: المبادئ التي تحكم العقود :

#### 1) مبدأ سلطان الإدارة :

يهيمن على نظرية العقد مبدأ تقليدي هام هو مبدأ سلطان الإدارة، وهذا المبدأ هو نتاج الفلسفة السياسية الفردية في القرن الثامن عشر والحرية الرأسمالية في الاقتصاد التي بلغت أوجها في القرن التاسع عشر<sup>(1)</sup> ويعني هذا المبدأ، أن الإرادة قادرة وحدها على إنشاء ما تشاء من العقود والتصرفات القانونية ما دامت تلتزم في ذلك حدود النظام العام والآداب العامة، وأما حرية في رسم نطاق العقد وتحديد آثاره. ولقد عرفها الدكتور عبد الحميد فودة بقوله : "ويقصد بمبدأ الإرادة أن الإرادة قادرة وحدها على إنشاء ما تشاء من العقود والتصرفات القانونية ما دامت تلتزم في ذلك حدود النظام العام والآداب العامة، وأما كذلك جزء في رسم نطاق العقد وتحديد آثاره وهي وحدها قادرة على إياها"<sup>(2)</sup>.

فمبدأ سلطان الإرادة يقوم على شقين : أولهما كفاية الإرادة بذا ما لإنشاء التصرفات القانونية وهو ما يعبر عنه "بالرضائية"، وثانيهما هو قدرة الإرادة على تحديد آثار التصرف القانوني، وهو ما يعبر عنه بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين.

(1) - د. نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، سنة 2001 ، ص 31.

(2) - د. السيد عبد الحميد علي فودة ، مبدأ سلطان الارادة بين القانون الروماني و الفقه الاسلامي، رسالة دكتوراه، كلية

الحقوق، القاهرة، ص 14

**(2) مبدأ وجوب تنفيذ العقد بحسن نية :**

ويقصد به، أنه يجب تنفيذ العقد بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية فيتعين على القاضي عندما يلزم العاقدين بتنفيذ العقد، أن يقتضي منهما أن ينفذهما بطريقة تتفق مع حسن النية الذي يعتبر في القانون الحديث قاعدة هامة يمين على جميع العقود.

**(3) مبدأ إلزامية العقد :**

إن القوة الملزمة للعقد هو مبدأ عالمي " La force obligatoire est un principe universel"<sup>(1)</sup>.

ويعني هذا المبدأ بمجرد انعقاد العقد بصفة صحيحة، وجب على أطرافه أن ينفذوه ويلتزم كل متعاقد بالقيام بالالتزامات التي يربتها العقد في ذمته، ويعبر عن ذلك بالقوة الملزمة للعقد، وعلى كل طرف احترام العقد وفي حدود تنظيم العلاقات التي يحكمها كالقانون تماما<sup>(2)</sup>. ويترب عن القوة الملزمة للعقد، أنه لا يستطيع أحد أطرافه بإرادته المنفردة أن ينقضه أو يتحلل من العقد، وقد نصت على هذا المبدأ المادة 106 ق.م.ج، إذ تقرر "العقد شريعة المتعاقدين...." تقابلها المادة 1134 ق.م.ف في هذا المعنى الاتفاقات التي تمت بوجه شرعي " Les convention légalement formés tiennent lien de loi a ceux qui les ont faites".

إن مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، نتيجة لمبدأ سلطان الإرادة، يمكن أن نجد له أساسا خلقيا واقتصاديا فالأساس الخلقي هو وجوب احترام العهد الذي يقطعه الإنسان، والأساس الاقتصادي هو ضرورة توفير استقرار المعاملات بين الأفراد.

إلا أنه يوجد حالات يستطيع فيها أحد الأطراف الخروج عن هذا المبدأ (القوة الملزمة للعقد) طبقا لنص المادة 106 ق.م.ج وهي :

(1) - Mallaurie (Ph), Aynes L., et Stoffel-Munck PA, droit civil, les obligations, Défrénois, 2<sup>ème</sup> édition Paris, France, 2005, p360.

(2) - د. صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، العقد والإدارة المنفردة، دار الهدى، الجزائر، ص298..

## 1) اتفاق المتعاقدين :

ويكون نقض العقد أو تعديله، إما باتفاقهما على ذلك عند النقض أو التعديل، أو باتفاقهما عند التعاقد على إعطاء هذا الحق لأحدهما.

## 2) نص القانون :

وقد يكون نقض العقد أو تعديله لسبب يقرره القانون، فهناك عقود يجوز لأحد المتعاقدين، أن يستقل بنقض العقد، مثل عقد الوكالة، إذ تنص المادة 586 ق.م.ج على ".... تنتهي الوكالة بعزل الوكيل أو بعدول الموكل".

وقد ينص القانون في بعض الأحوال الاستثنائية، على جواز تعديل القاضي للعقد نزولاً عند اعتبارات عادلة، مثل : عقود الإذعان، أو في الحوادث الطارئة.

## الفرع الثاني: مضمون العقد :

إن المقصود بتحديد مضمون العقد هو تحديد الالتزامات الناشئة عنه، ولما كان العقد وليد الإرادة فلا بد لكي نحدد مضمونه، في معرفة ما اتجهت إليه إرادة المتعاقدين، وبمعنى آخر تفسير العقد، وبعد ذلك يمكن تكييف العقد، أي إعطائه وصفه القانوني (عقد بيع، شركة مقاوله...).

و يقصد بتفسير العقد هو أن يقف القاضي على قصد الإرادة المشتركة للعاقدين وقد نظمت الإرادة التشريعية في المادتين 111، 112 ق.م.ج، القواعد التي يجب اتباعها في تفسير العقود<sup>(1)</sup>.

لقد نصت المادة 106 ق.م.ج على أنه : "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله، إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون". كما نصت المادة 2/107 على أنه "ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضا ما هو من مسلماته وفقا للقانون (العرف والعدالة) بحسب طبيعة الالتزام".

يتضح من خلال نص المادة السابقة، أن مضمون العقد ونطاقه لا يتحددان فقط بما اتجهت إليه النية المشتركة للعاقدين، بل يسترشد القاضي في تحديد مستلزمات العقد بعوامل ذكرها القانون على سبيل الحصر ؛ وبناء على تحديد نطاق العقد، يصل القاضي إلى الآثار المترتبة عليه، حتى يقوم كل عاقد بالتزاماته والعوامل هي :

(1) - د. محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص275.

### 1. طبيعة الالتزام:

فطبيعة الالتزام تقتضي من القاضي أن يستكمل نطاق العقد، بما تفرضه طبيعته، فمن باع عينا يعتبر أنه باع بالإضافة إلى أصل العين ملحقاً بالضرورة، وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعمالها طبقاً لما تقتضي به طبيعة الأشياء مثال : من باع سيارة يعرّف أنه قد باع مع جميع الأدوات الإضافية التي لا غنى عنها في تسييرها؛

2. القانون في أحكامه التكميلية والمفسرة مثل تطبيق أحكام عقد البيع (في عقود البيع) بينهما والتي تقتضي بالالتزام البائع بضمان العيوب الخفية التي قد توجد في الشيء المبيع<sup>(1)</sup>؛

3. العرف خاصة في المسائل التجارية والمالية؛

4. العدالة.

### الفرع الثالث : كيفية تنفيذ العقد :

إن الالتزام هو التصرف الذي يتضمن الالتزام بإنشاء حق من الحقوق أو نقله أو تعديله أو إناؤه أو إسقاطه سواء كان صادراً عن شخص واحد كالوقف أم من شخصين كالبيع<sup>(2)</sup> ويحكم تنفيذ العقود مبدأً هو تنفيذها بحسن نية.

إن الأثر الجوهري للالتزام المدني (*obligation civile*) بعد نشوئه صحيحاً، هو وجوب تنفيذه. فالأصل أن يقوم المدين بتنفيذ التزامه مختاراً (التنفيذ الاختياري) أما إذا امتنع المدين عن تنفيذ التزامه، يلجأ الدائن إلى إجباره على التنفيذ (التنفيذ الجبري)، وفي الحالتين (سواء كان التنفيذ اختياري أو جبري)، إما أن ينصب التنفيذ على ذات الالتزام أو عينه، بأن يؤدي المدين عين ما التزم به ويطلق عليه التنفيذ العيني، وإما أن يتم التنفيذ عن طريق إلزام المدين بأداء التعويض للدائن بدلاً عن تنفيذ التزامه عيناً، ويطلق عليه التنفيذ بمقابل أو عن طريق التعويض، فالالتزام يشتمل على عنصرين :

(1) - د. خليل حسن قداد، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، الجزائر، ص142.

(2) - د. بوكريزة أحمد، المسؤولية المدنية للقاصر، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة قسنطينة، سنة 2013-2014 ص83.

1. عنصر المديونية : أي أن هناك واجب على المدين الوفاء به أي أن هناك التزام (دين) على المدين الوفاء به.

2. عنصر المسؤولية : أي أنه يمكن للدائن قهر المدين على الوفاء إذا امتنع عن الوفاء به اختياراً، أما الالتزام الطبيعي فيتكون إلا من عنصر المديونية فقط.

### أ) التنفيذ العيني Réparation en nature :

يعرف التعويض العيني "la réparation en nature"، بأنه الحكم بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل أن يرتكب المسؤول الذي هو المقاول أو المهندس المعماري الخطأ الذي أدى إلى وقوع الضرر، والتعويض العيني هذا المعنى يعد أفضل من التعويض النقدي ذلك أنه يؤدي إلى محو الضرر وإزالته بدلا من بقاء الضرر على حاله وإعطاء المتضرر مبلغا من المال عوضا عنه كما هو الحال في التعويض النقدي<sup>(1)</sup> وبعبارة أخرى أنه يحقق للمتضرر ترضية من جنس ما أصابه من ضرر وذلك بطريقة مباشرة أي من غير الحكم له بمبلغ من النقود مدف إزالة الضرر عينا.

ويكون التنفيذ العيني على سبيل التعويض في الحالة التي يكون فيها الخطأ الذي ارتكبه المدين في صورة يمكن إزالتها مثال ذلك بناء شخص لحائط ليسد على جاره الضوء والهواء، ففي هذه الحالة وجب أن يكون التعويض عينا عن طريق هدم الحائط<sup>(2)</sup> وبالرغم من أن التعويض العيني يعد الأفضل في الأحوال العادية، إلا أننا نجد أن غالبية التشريعات تغلب التعويض النقدي باعتباره الأصل، ثم التعويض العيني، وينقسم التنفيذ العيني إلى التنفيذ العيني الاختياري (أ)، والتنفيذ العيني الجبري (ب).

### 1) التنفيذ العيني الاختياري :

نصت المادة 164 ق.م.ج : "يجبر المدين بعد إعذاره طبقا للمادتين 180-181 على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً متى كان ذلك ممكناً".

(1) - يقول الأستاذ السنهوري : "لا يبقى من الإخلال أو العمل غير المشروع سوى الذكرى"، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، ج 1، دار إحياء التراث العربي، القاهرة، ص 966.

(2) - د. رمضان أبو السعود، أصول التأمين، الطبعة الثانية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ص 393.

إن التنفيذ العيني الاختياري يتحقق عندما يؤدي المدين ما التزم فإذا كان التزامه مثلاً القيام بعمل فيكون الوفاء به القيام نذا العمل طبقاً 169 ق.م.ج، وإذا كان التزامه هو الامتناع عن عمل فيكون الوفاء باحترام هذا الالتزام وعدم مخالفته طبقاً لنص المادة 173 ق.م.ج

### 2) التنفيذ العيني الإجباري :

يتم التنفيذ العيني الإجباري بواسطة السلطة العامة المختصة والموظف المختص بالتنفيذ هو المحضر القضائي، ويتولى عمله تحت إشراف القضاء، وأغلب ما يكون التنفيذ الجبري عن طريق الحجز على أموال المدين<sup>(1)</sup>، ويجب على الدائن أن يكون حائزاً على سنداً تنفيذياً إذا استحال التنفيذ الجبري للالتزام (التنفيذ العيني) نكون أمام طريق آخر، هو التنفيذ بطريق التعويض أي بمقابل طبقاً لنص المادة 176 ق.م.ج التي تنص على التنفيذ بطريق التعويض.

وما تجدر الإشارة إليه أنه سواء تعلق الأمر بالتنفيذ العيني أو بمقابل، فيجب على الحائز على سند تنفيذي، أن يقوم بإجراء أولي هو "الإعذار" أي أن يقوم بإعذار المدين، أي أن يجعل الدائن المدين في موضع المتأخر في تنفيذ التزامه، فيقوم الدائن بدعوة المدين عن طريق الإعذار إلى الوفاء مختاراً<sup>(2)</sup>، طبقاً لنص المادة 164 ق.م.ج : "يجبر المدين بعد إعذاره طبقاً للمادتين 181/180 على تنفيذ التزامه عينياً متى كان ذلك ممكناً".

### (ب) التنفيذ بمقابل (بطريق التعويض) – l'exécution par équivalent :

تنص المادة 176 ق.م.ج : "إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينياً حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه".

التنفيذ بمقابل أو التنفيذ عن طريق التعويض هو طريق يلجأ إليه عندما لا يقضي بالتنفيذ العيني للالتزام، مع أن الأصل في التنفيذ أن يكون عينياً، لكن هناك حالات يتحتم فيها اللجوء إلى التنفيذ عن طريق التعويض وهذه الحالات هي:

#### 1. إذا أصبح التنفيذ العيني مستحيلاً بفعل المدين؛

(1) - د. بوكريزة أحمد، المرجع السابق، ص 84.

(2) - تنص المادة 2/132 ق.م.ج : "ويقدر التعويض بالنقد، على أنه يجوز للقاضي، وتبعاً للظروف وبناءً على طلب المضرور أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه، أو أن يحكم وذلك على سبيل التعويض بأداء بعض الإعانات، تتصل بالفعل الغير المشروع".

2. إذا كان التنفيذ العيني ممكنا ولكن فيه إرهاقا للمدين، فيجوز أن يقتصر التنفيذ على التعويض، أي أن فائدة الدائن لا تتناسب مع الضرر الذي يصيب المدين، وكان في التعويض النقدي ترضية كافية للدائن؛
3. إذا كان التنفيذ العيني للالتزام غير ممكن أو غير ملائم ما لم يصدر من المدين شخصيا، ولم ينفع التهديد المالي في التغلب على تعنته وامتناعه؛
4. إذا كان التنفيذ العيني ممكنا ولكن لم يطلبه الدائن ولم يعرضه المدين، هنا وفي مثل هذه الحال يقضي بالتنفيذ بمقابل أي بالتعويض ما دام الدائن لم يطالب به.

### الفرع الرابع : نطاق المسؤولية العقدية:

لكي تقوم المسؤولية العقدية لابد من توافر شروط نصت عليها المادة 176 ق.م.ج: "إذا استحال على المدين أن ينفذ الإلتزام عينيا ، حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه ، و يكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه."

#### 1- قيام الرابطة العقدية (العقد صحيح):

ويقصد بشرط قيام الرابطة العقدية بين الطرفين هو قيام العقد الصحيح والناقد فيما بينهما ويكون ذلك من خلال توافر جميع أركان العقد الأساسية (التراضي - المحل - السبب - الشكلية إذا تطلب ذلك)، مع توافر شروط كل ركن (1).

ولما كان وجود الرابطة العقدية ضروري لقيام المسؤولية العقدية في المرحلة السابقة لقيام الرابطة العقدية بين الطرفين، فلا تقوم المسؤولية العقدية أثناء مرحلة المفاوضات، كما لا تقوم في المرحلة اللاحقة لانقضاء الرابطة العقدية ما عدا بعض العقود التي تمتاز بالصفة الاستمرارية على الرغم من انقضاء العقد بتنفيذ محل الالتزام الرئيسي فيه، كما هو الحال في التزام المقاول بالضمان العشري أو الخاص في عقد المقاولة والتزام العامل بحفظ أسرار العمل وعدم الإفصاح عنها في عقود العمل (2).

(1) - د. محمد جعفر، مسؤولية المقاول العقدية عن فعل الغير، الطبعة الأولى، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، سنة 2011، ص9.

(2) - د. محمد جعفر، المرجع السابق، ص40.

**-2 الإخلال بالرابطة العقدية :**

ويتمثل في عدم تنفيذ أحد الالتزامات التعاقدية الناشئة عن العقد أو الرابطة التعاقدية، أما إذا وقع الإخلال خارج نطاق هذا الالتزامات فإنه لا محل لقيام المسؤولية العقدية للمدين. والإخلال اللازم لقيام المسؤولية العقدية لا يقتصر على مجرد الحالة التي يثبت فيها عدم قيام المدين بالتزامه العقدي، بل تتعداه إلى جميع صور الإخلال الأخرى، كاللتنفيذ الجزئي أو المعيب، إضافة إلى حالة التأخر في تنفيذ الالتزام في موعده المقرر.

ونشير كذلك، طبقاً لنص المادة 107 ق.م.ج، أن تنفيذ العقد لا يقتصر على ما ورد في العقد فقط، بل يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة.

**-3 أن يكون المتضرر أحد الأطراف :**

أي أن ينحصر الضرر في أحد أطراف العقد لما يقتضيه مبدأ نسبية آثار العقد، فإذا كان الفعل الخاطيء صادراً في المدين نفسه، كما لو امتنع المفاوض عن القيام بالعمل محل عقد المفاوضة، أو قام بإنجازه بصورة مخالفة للشروط المتفق عليها في العقد، فإنه يكون مسؤولاً. غير أن مسؤولية المدين العقدية، لا تقف عند حد الخطأ الصادر عنه شخصياً بل تشمل الفعل الخاطيء الصادر عن الأشخاص الذين يكون مسؤولاً عن فعلهم تجاه الدائن<sup>(1)</sup>.

---

(1) - د. ياسين الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية، نظرية العقد، الجزء الأول، دار وائل للنشر، عمان، سنة 2002، ص 339.

### المطلب الثاني : المسؤولية التقصيرية

إذا تخلفت شروط المسؤولية العقدية -وجود عقد صحيح بين المسؤول عن الضرر و المضرور - وحدث ضرر ناتج عن عدم تنفيذ للإلتزام العقدي ، فلا مناص من الرجوع للأصل العام و المتمثل في تطبيق أحكام المسؤولية التقصيرية ، حيث لا يعمل بالإستثناء (المسؤولية العقدية) إلا إذا توافرت شروطها.

### الفرع الأول: تنظيم المسؤولية التقصيرية في القانون الجزائري:

لقد أورد القانون المدني الجزائري عددا من النصوص القانونية (من المادة 124-140 مكرر ق.م.ج)، و تتناسب مع أهمية المسؤولية التقصيرية، وقد عالج المشرع في هذه المواد العيوب التي كانت تشوب نصوص التقنين الفرنسي القديم، كما استحدث فيها أحكام جديدة، كما تأثر أيضا في هذا الخصوص بما انتهى إليه قضاة المحاكم الفرنسية من افتراض الخطأ في حالات معينة، ومن خلال هذه النصوص القانونية يتضح لنا أن المشرع الجزائري قد أراد التمسك بالأصل في تأسيس المسؤولية التقصيرية على أساس الخطأ، فجعل الخطأ الواجب الإثبات في مسؤولية الشخص عن أفعاله الشخصية، وجعل الخطأ المفترض في المسؤولية عن عمل الغير، أو المسؤولية الناشئة عن الأشياء. أما نظرية تحمل التبعة فلم يأخذ القانون المدني الجزائري بشكل صريح بل سلك مسلك المشرع الفرنسي في ذلك، فقد تبناها في بعض التطبيقات الخاصة ومنها التعويض في مجال حوادث العمل والأمراض المهنية والتعويض كذلك عن حوادث المرور وفي حوادث الطيران والسفن البحرية.

### الفرع الثاني : أركان المسؤولية التقصيرية:

إن الأصل في المسؤولية المدنية هي المسؤولية التقصيرية أو المسؤولية الناجمة عن العمل غير المشروع كما يسميها البعض بالمسؤولية عن الفعل الضار أو العمل المستحق للتعويض والضمان، غير أن المصطلح الأكثر استعمالاً وشيوعاً هو مصطلح المسؤولية التقصيرية "responsabilité d'acte" ، فهذه المسؤولية هي التي حرصت القوانين المختلفة بالدرجة الأولى في تنظيم أحكامها على جانب كبير من الدقة بغية تحقيق الضمان الكامل للمضرور في الحصول على حقه في التعويض وبأيسر الطرق، كذلك من أجل التشديد من مسؤولية مرتكب الفعل الضار ودفع الأفراد إلى التبصر وأخذ الحيطة في أعمالهم وحركاتهم، ولا سيما إذا ما علمنا أن نطاق هذه المسؤولية هو نطاق واسع بسعة أتمتع وصورها تتنوع بتنوع الأعمال.

إلا أن من السهل تحديد نطاقها، فهي لا تقوم ولا تتحقق إلا حين يخل المرء بالتزام فرضه القانون أدى إلى وقوع ضرر بالغير، فالمضرور في المسؤولية التقصيرية لا تربطه بالمسؤول عن الضرر رابطة عقدية، ولهذا فإن المسؤولية التقصيرية تقوم على أركان ثلاثة هي :

#### 1. خطأ ارتكبه المسؤول :

وهو الركن الأول في المسؤولية وفي نفس الوقت أساسها ذلك أنه لا يكفي أن يحدث الضرر بفعل الشخص حتى يلزم بالتعويض، بل يجب أن يكون ذلك الفعل خطأً، غير أن تعريف الخطأ ليس بالأمر الهين إذ لم يختلف الفقهاء في أمر كاختلافهم في هذا الموضوع. ولذا تباينت تعريفات الخطأ تبايناً كبيراً<sup>(1)</sup>. من التشريعات لم تسلم من ذلك بما فيها المشرع الجزائري، فلم يستطيع وضع تعريف جامع لمفهوم الخطأ التقصيري. فقد عرفه الأستاذ "Planiol" على أنه "الإخلال بالتزام سابق"<sup>(2)</sup>، وعرفه الدكتور لبيب شنب أنه : "الانحراف عن سلوك الشخص المعتاد الموجود في نفس الظروف الخارجية لمرتكب الضرر مع إدراك ذلك"<sup>(3)</sup> ويقوم الخطأ على ركنين، الركن المادي هو عدم المشروعية<sup>(4)</sup> وركن معنوي (الإسناد) أي يلزم أن يكون هذا العمل غير المشروع مستنداً إلى فاعله الذي قام به ، أو هو العلاقة التي تربط الفعل الضار بإرادة حرة واعية، وهو الذي يجعل الفعل الضار الذي ارتكبه الفاعل خطأً

(1) - د. سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 179.

(2) - د. أحمد شعبان طه: المسؤولية المدنية، دار الجامعة الجديدة الاسكندرية ، سنة 2010 ص 14، نقلاً عن: Planiol étude sur la responsabilité civile, revue criegue, legis et juris, 1905 p278

(3) - د. لبيب شنب، دروس في نظرية الالتزام، دار النهضة العربية، ص 343.

(4) - د. أحمد شعبان طه، المسؤولية المدنية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، سنة 2010، ص 7.

## 2. الضرر :

هو ثاني أركان المسؤولية التقصيرية فيجب أن يترتب على الفعل الخاطئ ضرر يصيب بالغير، فإذا انتفى الضرر فلا مسؤولية ولا تعويض والضرر هو الأذى الذي يصيب الإنسان في جسمه أو ماله أو شرفه. وتنشأ المسؤولية التقصيرية من وقت تحقق الضرر فعلا أو من الوقت الذي يصير فيه الضرر محقق الوقوع، ويعتبر هذا الوقت هو الذي تبدأ منه مدة تقادم الدعوى المسؤولية ولو كان الخطأ الذي سبب الضرر سابقا على ذلك بمدة طويلة<sup>(1)</sup>.

## 3. العلاقة السببية (رابطة السببية) من الخطأ والضرر:

لا يكفي لقيام المسؤولية المدنية بصفة عامة (عقدية أو تقصيرية) حصول ضرر لشخص أو وقوع خطأ من شخص آخر، بل لابد أن يكون هذا الخطأ هو السبب المباشر في حدوث الضرر، وإلا انعدمت المسؤولية<sup>(2)</sup>. من خلال دراستنا لأركان المسؤولية التقصيرية، نجد المشرع الجزائري نص على أنه كل فعل يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب له ضررا للغير يلتزم مرتكبه بالتعويض، وهذا هو مبدأ المسؤولية وهو مبدأ يعتمد على أبسط اعتبارات العدالة والمنطق.

إلا أن صياغة هذا المبدأ وتنظيم حدوده وآثاره، لم يلقى اتفاق بين الفقهاء ومرد ذلك أن أساس ومدى التعويض للمضرور مسألة تتلاقى حولها اعتبارات كثيرة، كالعامل الاقتصادي والعامل القانوني والأخلاقي والاجتماعي حيث تلعب هذه العوامل دورا هاما في تحديد حدود هذا المبدأ وأساسه ومما يزيد الأمر صعوبة أن هذه الاعتبارات كثيرا ما تؤدي إلى حلول متعارضة، لذا فإن أحكام المسؤولية التقصيرية لم تسلم من الاختلافات العميقة بين وجهات نظر المشرعين، و حتى الفقهاء لدرجة أن البعض يرى أن المسؤولية المدنية الآن أصبحت تواجه العديد من المشكلات فهي تعاني من أزمة حقيقية<sup>(3)</sup>.

- فمن حيث الصياغة القانونية لمبدأ المسؤولية نجد بعض التشريعات تعتنق مبدأ عاما بحيث يشمل مبدأ التعويض كافة الأضرار بخلاف تشريعات أخرى تبنت منهجا حصريا بحيث تحدد حالات معينة تقوم معها المسؤولية<sup>(4)</sup>.

(1) - د. أحمد شعبان طه، المرجع السابق، ص 59.

(2) - د. سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 466.

(3) - د. بوكريزة أحمد، المرجع السابق، ص 13.

(4) - د. بوكريزة أحمد، المرجع السابق، ص 13.

- ومن حيث أساس المسؤولية فإنه تعددت النظريات الفقهية بين من تشترط ثبوت الخطأ في جانب المسؤول، ومنها من أقام المسؤولية على مجرد ارتكاب فعل غير مشروع ترتب عنه الضرر مع توفر العلاقة السببية بينهما، ومنها من تقيّمها على أسس أخرى مثل "تحمل التبعة أو الضمان... إلخ"<sup>(1)</sup>.
- ومن حيث وظيفة المسؤولية المدنية فقد اختلفت الأنظمة القانونية بين الالتزام بالتعويض الذي يعادل الضرر "فيكون التعويض له وظيفة إصلاحية جابرة، وبين من يلزم المسؤول بالتعويض حتى وإن تجاوز مقدار الضرر" التعويض له وظيفة عقابية رادعة"<sup>(2)</sup>.

---

(1) - د. بوكريزة أحمد، المرجع السابق، ص 14.

(2) - د. عوض الغازي، المسؤولية عن الأضرار بأموال الغير في الشرائع القديمة، دراسة مقارنة، طبعة 2001، ص 5-7.

### المبحث الثاني : مفهوم عقد المقاولة

تعد المقاولة أسلوب من أساليب الفن التعاقدية، قد تختلط أحيانا ببعض العمليات العقدية المشابهة لها فيعتبر عقد المقاولة من العقود المسماة التي خصها المشرع الجزائري بتنظيم قانوني مستقل، ضمن أحكام القانون المدني، وقد نتج على هذا التنظيم القانوني أن أصبح لعقد المقاولة كيانا قانونيا تميز به غيره من العقود الأخرى ولتفصيل أكثر سوف نتطرق إلى هذه النقطة في مطلبين مطلبين : المطلب الأول نتطرق فيه إلى تعريف عقد المقاولة وبيان خصائصه، وفي المطلب الثاني إلى تمييز عقد المقاولة عن غيره من العقود المشابهة له.

المطلب الأول: تعريف عقد المقاولة وخصائصه:

لقد عرفَ المشرع الجزائري عقد المقاولة ضمن التنظيم القانوني الذي خص به هذا العقد، فجاءت المادة 549 ق.م.ج تنص على أنه: "المقاولة عقد يتعهد به بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً أو أن يؤدي عملاً مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر".  
إن مهمة وضع تعريف لعقد قانوني ما، عادة تستند إلى الفقهاء، وبالتالي يمكن أن نتساءل إلى حد وافق المشرع الجزائري في وضع هذا التعريف، وما هي الخصائص المميزة لهذا العقد؟

الفرع الأول: تعريف عقد المقاولة:

البند 1: تعريف العقد

أ) في اللغة: للعقد معان كثيرة منها الربط والشد والتوثيق، فهو عكس الحل، يقال عقدت الحبل عقداً، أي شدته وقوته.

ب) في القانون: عرف رجال القانون العقد بأنه "توافق إرادتين أو أكثر على إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إياته"<sup>(1)</sup>.

وكذلك نستطيع أن نعرف العقد على أنه "توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني"<sup>(2)</sup>، مثل البيع، الإيجار الهبة والصلح والوكالة.

فالمشرع الجزائري عرف العقد في نص المادة 54 ق.م.ج على أنه: "عقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما"<sup>(3)</sup>.

إن مجرد الاتفاق بين إرادتين غير كاف لإنشاء عقد، وإن كانت الإرادة الباطنة هي الركن الحقيقي في العقد وأساسه، غير أن الأمر نفسي خفي و ذاتي، تكون مقدمة للارتباط ولا تحققه، ولا بد من الإفصاح عنها حتى يعلم الطرف الآخر وهذه هي النزعة الذاتية التي أخذت الكثير من القوانين العربية والأجنبية، أما المشرع الجزائري فمن خلال استقراء نصوص القانون المدني نجد أنه يأخذ بالإرادة الباطنة أساساً ولكنه يأخذ بالإرادة الظاهرة

(1) - د. جميل الشرفاوي، النظرية العامة للالتزام، دار النهضة العربية، سنة 1995، ص52.

(2) - د. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، العقد والإدارة المنفردة دار الهدى، الجزائر، ص39.

(3) - يقابله نص المادة 1110 ق.م.فرنسي.

إلى الحد الذي يقتضيه استقرار المعاملات، مثل الأخذ بنظرية الإرادة الظاهرة في نص المادة 59 ق.م.ج إذ تستلزم التطابق بين إرادتين، وهذا يفيد أنه يقيم العقد على الإرادة ذا ما وليس على مجرد التعبير، وأخذ ما (نظرية الإرادة الباطنة) كذلك في عيوب الإرادة حيث أنه أثناء تكوين العقد لا يعتد إلا بالإرادة السليمة من العيوب (مثل الغلط، الإكراه، التدليس). بينما قد أخذ بالإرادة الظاهرة في حالات أخرى مثلا في نص المادة 61 ق.م.ج حين نص على أن التعبير عن الإرادة ينتج في الوقت الذي يتصل فيه علم من وجه إليه إيجاب فقبله، ومثل كذلك حالة تفسير العقد، إذ حرّم على القاضي أن ينحرف على العبارة الواضحة في العقد طبقا لنص المادة 111 ق.م.ج.

### البند 2 : تعريف عقد المقاولة

(أ) في اللغة: إن أصل كلمة مقاولة من فعل قاو (هـ) مقاولة في الأمر ، أي باحثه و جادله أي معناها المفاوضة و امدلة ومنهم قولهم قاو له في الأمر مقاولة إذا فاوضه و جادله و قاولوا في الأمر أي تفاوضوا<sup>(1)</sup> . و لذا المعنى جاءت تسمية عقد مقاولة ، لما يكون من جدال و مباحثة عند ابرام العقد أما المقاولة في الشريعة الإسلامية، فلا نجد لها تعريفا شرعيا مباشرا لأنه من المصطلحات المستحدثة، إلا أنه يوجد بعض العقود المشروعة تتفق مع مصطلح المقاولة، كالإجارة والاستصناع<sup>(2)</sup> .

(ب) في القانون: وتعرف المقاولة عند الفقهاء المصريين بأنه عقد يقصد به أن يقوم شخص بعمل معين لحساب شخص آخر في مقابل أجر، دون أن يخضع لإشرافه أو إرادته<sup>(3)</sup> . وكذلك عرفه الأستاذين مازو جيغلار بأنه "ذلك العقد الذي عن طريقه يتعهد شخص يقال له المقاول أو مؤجر العمل في مواجهة شخص آخر يقال له رب العمل أو العميل، بأن ينفذ له عملا مقابل أجر مستقلا عنه ودون أن تكون له صفة تمثيلية"<sup>(4)</sup> .

أما المشرع الفرنسي فلم يعرف حتى الآن عقد المقاولة هذا الاسم "contrat d'entreprise" وإنما عرفه باعتباره نوعا من إجاره الأعمال "louage d'ouvrage" متأثرا بالقانون الروماني في هذا الخصوص، حيث نصت المادة

(1) - منجد اللغة و الأعلام، الطبعة السادسة و العشرين ، دار المشرق ، بيروت ، لبنان ، ص 580.

(2) - د محمد عبد الرحيم عنبر، عقد المقاولة والتوكيلات التجارية، الطبعة الثانية، سنة 1978، القاهرة، ص 8.

(3) - د. عبد الرزاق يس، رسالة دكتوراه "المسؤولية الخاصة بالمهندس المعماري ومقاول البناء، شروطها، نطاق تطبيقها والضمانات المستحدثة فيها"، جامعة الزقازيق، مصر، سنة 1987، ص 83.

(4) - عبد الرزاق يس، المرجع السابق، ص 83.

1710 ق.م.ف. منه على أن عقد "إجارة الأعمال" هو "ذلك العقد الذي عن طريقه يتعهد أحد الأطراف بعمل شيء لحساب الآخر لقاء أجر متفق عليه بينهما"<sup>(1)</sup>.

بينما في القانون المصري، فقد عرفته المادة 46 ق.م.مصري المقاوله بأ : "عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً، أو أن يؤدي عملاً لقاء أجراً يتعهد به المتعاقد الآخر".

إن ما يمكن ملاحظته على هذه التعريفات، أن التعريف الفقهي كان أكثر دقة من التعريف التشريعي من ناحية خاصة استقلالية المقاول عن رب العمل في تنفيذه لعقد المقاوله، دون إشراف أو خضوع له. أما المشرع الجزائري في نص المادة 549 ق.م.ج لم يوضح هذه الخاصية المهمة في عقد المقاوله الأمر الذي يعاب عليه، وكان عليه تدارك هذه المسألة بتعديل نص المادة 549 ق.م.ج.

### الفرع الثاني : خصائص عقد المقاوله

#### 1) الرضائية:

إن عقد المقاوله من العقود الرضائية بمعنى أن المشرع لم يشترط شكلاً خاصاً لانعقادها، فالكتابة ليست ركناً فيه وإنما هي للإثبات. ولم يقف المشرع الجزائري عند هذا الحد في إبراز خاصية الرضائية في عقد المقاوله في نص المادة 459 السالفة الذكر، وإنما أضاف وكرر هذه الخاصية في نص المادة 561 ق.م.ج التي لا تجيز للمقاول في حالة ما إذا أبرم العقد بأجر إجمالي المطالبة بأية زيادة في الأجر، ولو حدث في التصميم المتفق عليه تعديل أو إضافة، ما لم يكن هناك اتفاق كتابي على ذلك شريطة أن لا يكون العقد الأصلي ذاته قد اتفق عليه مشافهة. إن الأصل في انعقاد المقاوله هو الرضائية، إلا أنه استناداً يجوز أن يكون عقد المقاوله شكلياً إذا اشترط نص قانوني خاص على الكتابة.

ونشير في هذا الصدد أن المشرع الفرنسي قد اشترط في بعض الحالات وعلى سبيل الاستثناء أن تبرم المقاوله كتابة وإلا اعتبر العقد باطلاً. وذلك فيما يتعلق بعقود بناء المساكن الفردية، وحدد بيانات إلزامية يتعين ذكرها في هذا العقد وذلك وفقاً لنص المادة 1/131 من قانون البناء والمساكن الفرنسي<sup>(2)</sup> ويقع التراضي على عنصرين هما الشيء المطلوب صنعه من المقاول والبدل الذي يلتزم به صاحب العمل (الأجرة).

(1) - Art. 1710 C.C « le louage d'ouvrage est un contrat par lequel l'une des parties s'engage a faire quelque chose pour l'autre moyennant un prix convenu entre elles ».

أنظر أكثر د. عبد الرزاق يس، المرجع السابق، ص82.

(2) - د. أحمد عبد العال قرين، الأحكام العامة لعقد المقاوله، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 2003، ص4-5.

### (2) عقود المعاوضات:

بمعنى كلا الطرفين يأخذ مقابلا لما يعطي، فالمقاول لا يصنع الشيء أو يؤدي العمل المنوط به بنية التبرع، بل مقابل أجر من رب العمل، وهو شأن رب العمل الذي يعطي أجرا لقاء العمل المتفق عليه، والدراسة التي يقوم بها المهندس المعماري قبل إبرام العقد، لا يمكن اعتبارها تبرع متى أبرمت المقابلة لاحقا، فيدخل الأجر في هذا العقد (المقابلة) كما لا يشترط أن يكون المقابل معيناً عند إبرام العقد، وهكذا يجب أن تتوافر لدى الطرفين نية أخذ المقابل لما يعطي.

### (3) التبادلية:

عقد المقابلة عقد تبادلي أي ملزم للجانبين، إذ يترتب عليه منذ انعقاده التزامات تقع على عاتق كل من طرفيه أن يتعهد المقاول بمقتضاه أن يصنع شيئا أو أن يؤدي عملا لقاء أجر معلوم يتعهد به من يتم هذا الأداء لحسابه، وهو صاحب العمل طبقا لنص المادة 549 ق.م.ج. ويترتب على هذه الخاصية التبادلية لعقد المقابلة نتائج هامة فيما يتعلق بالفسخ والدفعة بعدم التنفيذ وتبعه الهلاك<sup>(4)</sup>.

### (4) وروده على عمل مادي:

كذلك فإن عقد المقابلة يقع من حيث محله على عمل مادي هو صنع شيء أو أداء عمل، وهو الغالب في عقود المقابلة. وما يميزه عن أكثر العقود مشاة له، ولا ينفي هذا القول، أن يؤدي المقاول أو المهندس المعماري أحيانا أعمالا ذهنية لازمة لأداء عمله كإجراء الحسابات التي يقتضيها إبرام العملية أو تنفيذها، أو أي تصرف قانوني، كنقل ملكية المواد أو الأشياء التي يوردها، واللازمة لتنفيذ العمل إلى رب العمل بالتبعية للأداء الرئيسي في عقد المقابلة، وهو ما يكون في الغالب الأهم عملا<sup>(2)</sup> ماديا.

### (5) الاستقلالية:

معنى هذه الخاصية هي استقلال المقاول في تنفيذه لعقد المقابلة عن أي سيطرة أو إشراف أو إدارة من جانب رب العمل، وهذه الخاصية هي التي تميز عقد المقابلة عن عقد العمل والوكالة كما سنوضحه في ما يلي<sup>(3)</sup>: إن العمل محل المقابلة الذي يلتزم المقاول بإنجازه وإن كان في الأصل له طابع مادي، إلا أنه مع التطور دخل الأداء ذو الطابع المعنوي أو الذهني ضمن الالتزامات التي تقع على عاتق المقاول، فقد أصبحت عقود الاستشارات الفنية والهندسية أو عقود الخبرة من عقود المقاولات الدارجة، وعلى ذلك فإن جوهر عقد المقابلة يتمثل في أداء أعمال

(1) - د. لبيب شنب، شرح أحكام عقد المقابلة في ضوء الفقه والقضاء، الطبعة الثانية، منشأة المعارف، الإسكندرية، سنة 2004، ص17.

(2) - د. لبيب شنب، المرجع السابق، ص13، ود. عبد الرزاق يس، المرجع السابق، ص86.

(3) - د. لبيب شنب، المرجع السابق، ص13-14

لحساب شخص آخر، مما يجعل عقد المقاولة يجسد نموذجا للعقود التي يتولد عنها التزام بأداء عمل، وإن كان الالتزام بأداء عمل يتجاوز عقود المقاولة ويمتد إلى عقود أخرى<sup>(1)</sup>.

### المطلب الثاني : تمييز عقد المقاولة عن العقود المشابهة له

بعد أن وضعنا تعريف عقد المقاولة وبيننا خصائصه التي تميزه على العقود الأخرى، إلا أنه أحيانا تدق التفرقة بين عقد المقاولة وبعض العقود الأخرى، حيث يجمع بين بعضها البعض بعض الجوامع، مما يجعل من الصعب التمييز بينهما سواء تعلق الأمر بتلك الواردة على العمل أو غيرها من العقود الأخرى. لهذا سوف نقسم هذه الدراسة (المطلب) إلى فرعين، في الفرع الأول نتطرق إلى تمييز عقد المقاولة عما يشابهه من العقود الواردة على العمل، ثم في الفرع الثاني نتطرق إلى تمييز عقد المقاولة عما يشابهه من عقود.

### الفرع الأول : تمييز عقد المقاولة عما يشابهه من العقود التي ترد على العمل

من العقود التي تشبه عقد المقاولة والتي ترد على العمل نجد عقد العمل، عقد الشراكة، الوكالة.

### البند 1 : تمييز عقد المقاولة عن عقد العمل

لما كان كل من العقدين يرد على العمل، فإن كلا العقدين يشبهان بعضهما، مما يتعين التفرقة بينهما، فعقد العمل لم يعرفه المشرع الجزائري على غرار تشريعات العمل الأخرى، غير أن الفقه المقارن عرف عقد العمل على أنه : "عقد يلتزم بمقتضاه العامل بالعمل لصالح صاحب العمل أو المستخدم تحت إشرافه وتوجيهه مقابل أجر محدود ولمدة محددة أو غير محددة"<sup>(2)</sup>، والمهم هو معرفة الفرق بين عقد المقاولة وعقد العمل فكلاهما يردان على العمل إلا أن القواعد التي يخضع لها أحد العقدين تختلف اختلافا جوهريا عن القواعد التي يخضع لها العقد الآخر. فقد ذهب رأي قديم إلى أن معيار التفرقة بين المقاولة وعقد العمل هو الطريقة التي يقدر الأجر على أساسها، فإن قدر الأجر بحسب الوقت (كل يوم، أسبوع، شهر) كان العقد عقد عمل، أما إذا قدر الأجر لا بحسب الوقت بل

(1) - د. أحمد عبد العال أبو قرين، المرجع السابق، ص 12-13.

(2) - د. بشير هدي، الوجيز في شرح قانون العمل، الطبعة الثانية، دار الريحانة للكتاب، الجزائر، سنة 2003، ص 57.

بحسب الكمية كان العقد مقاولة<sup>(1)</sup>، غير أن هذا الرأي قد انتقد على أساس أنه يجعل معيار التمييز بين المقاولات وعقد المقاولات يقوم على أمر غير جوهري، فليس هناك فرق أساسي بين عامل يأخذ أجره بحسب الوقت وآخر يحسب القطعة، فكلاهما أجير عند رب العمل يخضع لإدارته وإشرافه، ويأخذ المقابل لعمله بمقدار ما يبذله من جهد، وبالتالي فإن هذا المعيار غير دقيق.

أما الرأي الحديث والذي يتماشى عليه القضاء الفرنسي، يأخذ بمعيار مدى خضوع العامل لإدارة رب العمل وإشرافه، أي معيار التبعية القانونية كأساس للفرقة بين العقدين، فبينما لا يقوم عقد العمل أساسا إلا على وجودها فإن عقد المقاول لا يكون له وجود إلا عند انتفائها<sup>(2)</sup>.

ويقصد بالتبعية القانونية "dépendance juridique" هيمنة رب العمل أثناء تنفيذ العقد على نشاط العامل، فهي نوع من السلطة، يتمثل في ائتمار العامل بأوامر رب العمل وخضوعه لإشرافه وملاحظته وتوجيهه وتعرضه للجزاءات التي يوقعها عليه إذا ما قصر في عمله أو أخطأ<sup>(3)</sup>.

وتطبيقا لهذا فما يميز عقد المقاول عن عقد العمل هو أن المقاول لا يخضع لإدارة رب العمل وإشرافه، بل يعمل مستقلا طبقا لشروط العقد المبرم بينهما، ومن ثم لا يعتبر المقاول تابعا لرب العمل ولا يكون هذا الأخير مسؤولا عن المقاول مسؤولية المتبوع عن التابع. أما في عقد العمل فالعامل يخضع لإدارة رب العمل وإشرافه ولا يعمل مستقلا عن رب العمل بل يتلقى تعليماته وعليه أن ينفذها.

في الحقيقة هذا هو المعيار الذي أخذ به المشرع الجزائري في عقد المقاول طبقا لنص المادة 549 ق.م.ج.

---

(1) - د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود الواردة على العمل، الجزء السابع، المد الأول منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ص9.

(2) - د. عبد الرزاق يس، المرجع السابق، ص94.

(3) - د. عبد الرزاق يس، المرجع السابق، ص94.

البند 2 : تمييز عقد المقاولة عن عقد الوكالة

تتفق المقاولة والوكالة أن كلاهما عقد يرد على العمل وهذا العمل الذي يؤديه المقاول أو الوكيل هو لمصلحة الغير، إذ تنص المادة 571 ق.م.ج على أنه : "الوكالة أو الإنابة هو عقد بمقتضاه يفوض شخص شخصا آخر للقيام بعمل شيء لحساب الموكل وباسمه".

ولكن عقد المقاولة وعقد الوكالة يختلفان من حيث أن الأول هو عمل مادي "matériel acte"، أما العمل في عقد الوكالة فهو تصرف قانوني "acte juridique" أما المميز الشخصي بين العقدين فيظهر في قيام الصفة التمثيلية بين الموكل ووكيله، وانعدامها بين المقاول ورب العمل، فالوكيل والمقاول، كل منهما يؤدي العمل لحساب الغير إلا أن الوكيل يؤدي عمله لحساب موكله، وباسمه فتصرف آثار العقد مباشرة إلى الموكل (حتى كانت في حدود وكالته)، أما المقاول فكل ما يعمل به يتم لحساب رب العمل، إلا أنه يعمل باسمه شخصيا، وليس باسم رب العمل، فأى تصرف قانوني يقوم به في سبيل تنفيذ العمل، انصرفت آثاره إليه شخصيا وليس إلى رب العمل، إذ القاعدة أن المقاول ليس له صفة تمثيل رب العمل ما لم يجز الاتفاق أو العرف<sup>(1)</sup> يغير ذلك.

إذا كان هذا هو ما يميز عقد المقاولة عن عقد الوكالة، إلا أنه ليس ثمة ما يمنع من أن يكلف الشخص، وبمقتضى عقد واحد بأعمال مادية وأعمال قانونية، في نفس الوقت، وعلى ذلك فالملتزم بالعمل يعتبر مقاولا فيما يتعلق بالأعمال المادية، ووكيلا فيما يتعلق بالأعمال القانونية، وتطبق أحكام كل عقد على حدا<sup>(2)</sup> ولكن قد تختلط هذه الأعمال بحيث يتعذر التمييز في شأ ما بين نطاق كل من هذين العقدين إذ يتم تكييف العقد في هذه الحالة، تكييفاً موحداً للصفة الغالبة، فيعتبر العقد وكالة إذا كانت الغلبة للعمل القانوني، ومقاولة إذا كان النشاط المادي هو الغالب<sup>(3)</sup>.

وللتمييز بين المقاولة والوكالة أهمية عملية تظهر فيما يأتي :

1. المقاولة تكون دائما بأجر، ومن ثم الاتفاق على أجر، فإن القاضي لا يستطيع كقاعدة عامة تعديله أما الوكالة فقد تكون بأجر أو بدون أجر، والأصل أن تكون الوكالة بدون أجر إلا إذا وجد اتفاق صريح أو ضمني يقضي بأن يكون للوكيل أجر، وفي حالة إذا كانت الوكالة بأجر محدود كان خاضعا لتقدير القاضي وفقا لنص المادة 581 ق.م.ج.

(1) - د. عبد الرزاق يس، المرجع السابق، ص99.

(2) - د. عبد الرزاق يس، المرجع السابق، ص99.

(3) - د. بجاوي المدني، التفرقة بين عقد العمل وعقد المقاولة، دراسة تحليلية ونقدية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، سنة

2008، ص96.

2. كما أن المقاول يعمل مستقلا عن رب العمل فبالتالي فهو لا يخضع لإشرافه ولا يكون تابعا له (مسؤولية المتبوع عن التابع)، أما الوكيل فيعمل في كثير من الأحيان تحت إشراف الموكل، وفي هذه الحالة يكون تابعا له ويكون الموكل مسؤولا عنه مسؤولية المتبوع عن التابع.
3. التصرفات التي يجريها المقاول لا تنصرف آثارها إلى رب العمل، أما الوكيل فإنه ينوب عن الموكل فآثار التصرفات تنصرف مباشرة إلى الموكل.
4. المقاول مضارب، فهو معرض للربح والخسارة، وإذا أصيب بضرر بسبب تنفيذ العمل فلا شأن لرب العمل بذلك، ويتحمل المقاول وحده هذا الضرر، أما الوكيل فإنه لا يضارب، فكل ما يقوم به من عمل هو تبرعا وإما يأخذ أجرا مناسبا للعمل، فيكون الموكل مسؤولا عما أصاب الوكيل من ضرر دون خطأ منه بسبب تنفيذ الوكالة طبقا لنص المادة 583 ق.م.ج.
5. لا تنتهي المقابلة بموت رب العمل أو بموت المقاول إلا إذا كانت شخصية محل اعتبار، وتنتهي الوكالة بموت الموكل أو بموت الوكيل.

الفرع الثاني : تمييز عقد المقاولة عما يشابهه من العقود الأخرى الواردة على العمل

بالإضافة إلى ما سبق ذكره، قد يختلط عقد المقاولة بعقود أخرى تشببه ولكن ليس واردة على عقد العمل، فنجد عقد البيع، عقد الشركة.

البند 1 : تمييز عقد المقاولة عن عقد البيع

الظاهر أن عقد المقاولة يتميز بسهولة عن عقد البيع، فالمقاولة ترد على العمل بينما عقد البيع يرد على الملكية، فالمقاول إذا تعهد ببناء مسكن يبرم عقد مقاولة أما إذا بنى المنزل لحسابه ثم باعه بعد ذلك فالعقد بيع. فنصت المادة 351 ق.م.ج على أنه : "البيع عقد يلتزم بمقتضاه البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخر في مقابل ثمن نقدي". غير أنه بالرجوع إلى نص المادة 550 ق.م.ج تنص "يجوز للمقاول أن يقتصر على التعهد بتقديم عمله فحسب... كما يجوز أن يتعهد المقاول بتقديم العمل والمادة معا".

من خلال هذه المادة يتبين لنا أنه يوجد صورتان للمقاولة :

الصورة الأولى : يقتصر فيها المقاول على تقديم عمله؛

الصورة الثانية : المقاول يقدم العمل مع مادة الصنع.

لا شك فيه أنه إذا قدم رب العمل المادة فقط، وقدم المقاول عمله نكون أمام عقد مقاولة فلا تثور أية مشكلة إذا الصدد بينما في الصورة الثانية يثور إشكال عندما تنصب المقاولة على صنع شيء معين أو تشييد بناء ما، ويكون المقاول ملتزما في نفس الوقت بتقديم المواد اللازمة لصنع الشيء أو تشييد البناء، وفي هذه الحالة نكون أمام أمران :

الأول : هو قيام المقاول بصنع الشيء أو تشييد البناء، وذلك بمواد من عنده؛

ثانيا: هو انتقال ملكية الشيء المصنوع بناء على العقد إلى رب العمل<sup>(1)</sup>.

فهل نحن في هذه العملية أمام عقد مقاولة، محله صنع شيء، أم أمام عقد بيع لشيء مستقبلي، أم أ

خليط من هذا وذاك ؟

لقد اختلفت الآراء الفقهية وكذلك القضاء في مسألة تكييف العقد فانقسموا إلى اتجاهات :

(1) - د. عبد الرزاق يس، المرجع السابق، ص108.

### ❖ الرأي الأول :

يرى أصحاب هذا الرأي "أن العقد في مثل هذه العملية هو عقد مختلط يمتزج فيه كل من البيع والمقاوله، ودليل احتوائه على موضوعي كل من العقدين، فهو يرد على العمل موضوع المقاوله، ويرد كذلك على انتقال ملكية الشيء المصنوع وهذا هو موضوع عقد البيع، ومتى كان الأمر كذلك، فلا يمكن اعتباره عقدا بسيطا، مقاوله فقط أو بيعا فقط، إذ أن الأحكام المنفردة لكل من العقدين قاصرة عن ضبط المسائل التي يثيرها مثل هذا العقد.

### النقد :

يؤدي إلى إثارة صعوبات فيما يتعلق بالمسائل التي تتعارض فيها أحكام المقاوله مع أحكام البيع مثل مسألة العوض وتحديد، وكذلك مسألة إفاء العقد بالإدارة المنفردة.

### ❖ الرأي الثاني :

هذا العقد يعتبر مقاوله ابتداءً وبيعا انتهاءً، فهو عقد مقاوله أثناء تنفيذ العمل، فإذا تم العمل وسلم إلى رب العمل، صار العقد بيعا لهذا الشيء ينقل ملكيته إلى رب العمل الذي يعتبر مشتريا في هذه الحالة.

### النقد :

يعطي العقد تكييفين مختلفين تبعا لانعقاده وتنفيذه، والمتعارف عليه أن مسألة تكييف العقد، تكون وقت انعقاده لا وقت تنفيذه، فإذا ما حددت طبيعته وقت الانعقاد لازمته حتى انتهائه.

### ❖ الرأي الثالث :

ذهب إلى أن العقد هو بيع لشيء مستقبل، على أساس أن المتعاقدين إنما انصب قصدهما من التعاقد الحصول على شيء غير موجود عند إبرام العقد، يلتزم المقاول بإنجازه في المستقبل، لذلك كان العقد بيعا لشيء مستقبلي، أما عمل المقاول فقد جاء تبعا وليس أصلا.

غير أن هذا الرأي لم يدخل في الاعتبار أن المقاول إنما تعاقد أصلا على العمل وكون المادة ضرورة تابعة للعمل<sup>(1)</sup>.

### ❖ الرأي الرابع :

يذهب إلى أن العقد يكون مقاوله أو بيعا نسبة قيمة المادة إلى قيمة العمل، فإذا كانت قيمة العمل تفوق بكثير قيمة المادة، فكان العقد مقاوله، أما إذا كانت قيمة المادة تفوق بكثير قيمة العمل، فالعقد بيع<sup>(2)</sup>.

(1) - د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ج7، ص26.

(2) - د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ج7، ص26.

وحسب أنصار هذا الرأي، أنه في حالة تشييد بناء على أرض مملوكة لرب العمل، بمواد يقدمها المقاول، فيعتبرون أن العقد في هذه الحالة مقاولة على أساس أن مالك الأرض يمتلك البناء أولاً فأول بالالتصاق، وأن الأرض تعتبر جزءاً من الموارد اللازمة للبناء، وبما أن رب العمل هو الذي يقدمها، فإنها تعتبر الأصل والمواد الفرع، مما يجعل العقد مقاولة لا يبيعاً<sup>(1)</sup>.

### النقد :

إن الأساس الذي يركز عليه غير محدد، إذ ليس من السهل تحديد العنصر الأساسي في العقد، إن كان العمل المتفق عليه أم المواد المستخدمة لإنجازه<sup>(2)</sup>.

### ❖ الرأي الخامس :

يرى أن العقد في هذه الحالة هو عقد مقاولة خالصة، لا يبيع فيها لشيء مستقبلي، فموضوع التزام المتعهد، هو القيام بعمل معين وهو صنع الشيء المطلوب وبدون إنجاز هذا العمل لا يعتبر المتعهد موفياً بالتزاماته. وإذا كان يترتب على إنجاز العمل أن يتملكه رب العمل، فذلك لا يعني أن العقد ورد من الأصل على الملكية، وأنه بالتالي عقد بيع؛ فتملك رب العمل للشيء الذي صنعه المقاول ليس إلا نتيجة ضرورية ولازمة لكون المقاول يقوم بتنفيذ العمل لحساب رب العمل وهذا الرأي المتفق مع أحكام القانون المدني الجزائري والفرنسي، اللذان قررا بأن العقد في صورتين (سواء قدم المقاول المادة أو لم يقدمها) هو عقد مقاولة.

---

(1) - د. جعفر الفضيلي، الوجيز في العقود المدنية (البيع، الإيجار، المقاول) دراسة في ضوء التطور القانوني و معززة بالقرارات القضائية، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، الاردن، ص 37.

(2) - د. لبيب شنب، المرجع السابق، ص 25.

البند 2: تمييز عقد المقاولة عن عقد الشركة:

تقضي المادة 416 ق.م.ج على أن : " الشركة عقد بمقتضاه شخصان طبيعيان أو اعتباريان أو أكثر على المساهمة في نشاط مشترك بتقديم حصة من عمل أو مال أو نقده مدف اقتسام الربح الذي ينتج، أو تحقيق اقتصاد أو بلوغ هدف اقتصادي ذي منفعة مشتركة، كما يتحملون الخسائر التي قد تنجر عن ذلك". إن الشريك قد تكون حصته في الأسهم هي التزامه بالقيام بأعمال تعود على الشركة بالفائدة كأن يكون العمل مثلاً هو الحصول على ترخيص وهنا قد تلبس المقاولة بالشركة، فإذا كان الشريك الذي دخل بالعمل حصة له يساهم في أرباح الشركة وفي خسائرها، فالعقد شركة أما إذا اشترط من يقدم العمل أن يأخذ من الشركة مقابل التي حصل لها عليها مبلغ معيناً، أو حتى نسبة في أرباح الشركة، دون أن يشارك في الخسارة، فالعقد في هذه الحالة لا يكون شركة، بل يكون مقاولة<sup>(1)</sup>.

والذي يميز الشركة عن المقاولة هو أن الشريك في الشركة تكون عنده نية الاشتراك في نشاط ذي تبعه، وهذه النية هي نية تكوين الشركة، أما المقاول فليست عنده هذه النية ولا يريد أن يتحمل مع الشركاء تبعه المخاطرة بحيث يساهم في الأرباح وفي الخسارة، بل هو يقدم عملاً معيناً ويتقاضى أجره على هذا العمل، ومسألة وجود هذه النية من عدمها هي مسألة واقع يستقل بتقديرها قاضي الموضوع<sup>(2)</sup>.

(1) - د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، 1 المجلد الأول، ج7، ص3.

(2) - د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، المجلد الأول، ج7، ص30-31.

الباب الأول: المسؤولية المعمارية وفق القواعد العامة:

يترتب على عدم تنفيذ عقد المقاولة أو التنفيذ المعيب أو التأخر في التنفيذ قيام المسؤولية العقدية، إذا توافرت شروطها، فالإخلال بالعقد يتوفر في كل حالة، لا يقوم الطرف المتعاقد بما يفرضه عليه من إلتزامات أو تأخر في تنفيذها، مما يؤدي إلى إلحاق الضرر بالمتعاقد الآخر ومن هنا تنشأ المسؤولية العقدية.

وإلى جانب المسؤولية العقدية، قد تتوافر في حق المقاول أو مالك البناء أو المهندس المسؤولية التقصيرية المترتبة على الفعل الضار حال توافر شروطها، فقد تقوم المسؤولية التقصيرية في حق مالك البناء طبقاً لنص المادة 2/140 ق. م. ج إذا توافرت شروطها . كما قد يحدث أن يقصر المقاول أو المهندس المعماري لسبب أو لآخر تنفيذ مهمتها بصورة ينتج عنها الإضرار برب العمل إلى حد ما، بل أن تلك الأضرار قد تتعداه إلى غيره من الأفراد الذين لهم صلة بعملية البناء كالعاملين فيها أو القائمين عليها كالمهندس أو المقاول، وقد يمتد أثرها إلى أشخاص أجنبياً تماماً عن العملية كالجيران أو المارة، ومثل هذه الأضرار قد تؤدي إلى إثارة مسؤوليتها البناء ذلك ومن ثم يستوجب عليهما تعويض المتضرر عما أصابه من ضرر نتيجة إخلالهما بما ينتج عليهما من إلتزامات لهذا قمنا بتقسيم هذا الباب إلى فصلين:

**الفصل الأول: المسؤولية العقدية للمقاول والمهندس المعماري؛**

**الفصل الثاني: المسؤولية التقصيرية لمالك البناء والمقاول والمهندس المعماري.**

الفصل الأول: المسؤولية العقدية للمقاول والمهندس المعماري:

إنّ المسؤولية العقدية لا تقوم بمجرد عدم تنفيذ العقد، بل يجب أن يكون عدم التنفيذ راجعاً إلى فعل المقاول أو المهندس المعماري ، أما إذا كان الإخلال راجعاً إلى سبب أجنبي، عندئذ لا تقوم المسؤولية العقدية. فالإخلال العقدي (أو الخطأ) وحده لا يكفي لقيام المسؤولية العقدية بل يجب أن يتبعه ضرر يلحق برب العمل الذي تعاقد مع المقاول أو المهندس المعماري وأن تكون هناك علاقة سببية بين فعل المقاول والضرر الذي أصاب رب العمل، فأساس المسؤولية العقدية هو ما يلحق الدائن من ضرر بسبب عدم تنفيذ المدين لإلتزامه العقدي ورجوع هذا الضرر إلى الإخلال بتنفيذ العقد. وعلى هذا سوف نقسم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث.

**المبحث الأول:** أركان المسؤولية العقدية للمقاول والمهندس المعماري؛

**المبحث الثاني:** نطاق المسؤولية العقدية للمقاول والمهندس المعماري؛

**المبحث الثالث:** النظام القانوني للمسؤولية العقدية للمقاول والمهندس المعماري؛

المبحث الأول : أركان المسؤولية العقدية المعمارية :

إن استحالة تنفيذ المتعاقد لالتزامه يكون إما لسبب أجنبي "قوة القاهرة، حادث فجائي، فعل الغير" أو أن يكون بسبب عدم التنفيذ راجعا إلى فعل المدين نفسه.

■ إذا كان عدم تنفيذ المدين لالتزاماته بسبب أجنبي، فإنه لا يسأل عن عدم قيامه بتنفيذ التزامه بوجه عام.

■ أما إذا كان عدم تنفيذ التزامه راجع إلى فعله، ففي هذه الحالة يكون مسؤولا مسؤولية أساسها الإخلال بالتزام عقدي، والتي تسمى "بالمسؤولية العقدية"، وتقضي أحكامها بإلزام المدين بالتعويض عن عدم قيامه بالتنفيذ عن كل الأضرار التي تلحق الدائن من جراء ذلك.

إن العلاقة القائمة بين رب العمل وبين المقاول والمهندس المعماري، هي علاقة تعاقدية، فالعقد وحده ينظم حدود تلك العلاقة، ومعنى هذا، أنه يتمتع على رب العمل الالتجاء إلى رفع دعوى المسؤولية التقصيرية ما دامت عناصر المسؤولية العقدية قائمة، لما يترتب على ذلك من إهدار لنصوص العقد المتعلقة بالمسؤولية عند تنفيذه مما يخل بالقوة الملزمة له<sup>(1)</sup>.

(1) - د. حسين منصور، المسؤولية المعمارية، دار الفكر الجامعي، القاهرة، سنة 2006، ص 246-247.

المطلب الأول: أركان المسؤولية العقدية للمقاول والمهندس المعماري عن الفعل الشخصي:

لقيام المسؤولية العقدية، يجب أن يكون عدم تنفيذ المقاول أو المهندس لالتزامه راجعاً إلى خطئه، وإلا كانا غير مسؤولان بدهاءة عنه، ولدراسة قيام المسؤولية العقدية للمقاول والمهندس المعماري، يتوجب علينا بيان الأركان التي تبنى عليها هذه المسؤولية. فطبقاً للقواعد العامة فإن المسؤولية العقدية، بصفة عامة تقوم على ثلاثة أركان، هي الخطأ والمتمثل في الإخلال بالتزام عقدي، والضرر، ثم وجود علاقة سببية بينهما.

الفرع الأول : الخطأ العقدي (الإخلال بالتزام عقدي) :

أولاً : تعريفه :

تنص المادة 176 ق.م.ج : "إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه، ويكون الأمر كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه".

إن هذه المادة تُقر مبدأ المسؤولية العقدية، كما تقرر كذلك مبدأ التعويض عن هذه المسؤولية. ويقصد بالخطأ العقدي هو عدم قيام المدين بتنفيذ بالتزامه التعاقدية، أو التأخير في تنفيذه ويستوي في ذلك أن يكون عدم التنفيذ أو التأخير فيه عن عمد أو إهمال من المدين، بل أن الخطأ يتحقق حتى لو كان عدم التنفيذ يرجع إلى سبب أجنبي كالقوة القاهرة، غير أنه يلاحظ في هذه الحالة تنقطع علاقة السببية وبالتالي لا تقوم المسؤولية كما سنرى<sup>(1)</sup>.

كما تبين المادة 176 ق.م.ج أن المسؤولية العقدية تقتصر على الحالات التي يستحيل فيها تنفيذ الالتزام عينا ذلك لأن الالتزام بدفع مبلغ من النقود يكون دائماً ممكناً تنفيذه عينا، فلا محل للتعويض عن عدم التنفيذ. وفي المال المعماري، يجب على المقاول والمهندس المعماري أن ينفذوا جميع الالتزامات التي تعهدوا بها بموجب عقد المقاوله الذي يربطه مع رب العمل طبقاً لنص المادة 1/160 ق.م.ج : "المدين ملزم بتنفيذ ما تعهد به" فإذا ما أخلاً بأحد بنود العقد عُدها مرتكبين لخطأ وهذا الخطأ يسمى "بالخطأ العقدي".

(1) - د. محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص311.

ثانياً: صور الخطأ العقدي :

إن الأصل أن يسأل المدين (المقاول والمهندس المعماري) عن عمله الشخصي، وقد يسأل أيضاً عن عمل غيره (العمال)، وفي هذه الأحوال تقوم المسؤولية العقدية للمدين<sup>(1)</sup>.

1) الخطأ العقدي في مسؤولية المقاول والمهندس المعماري عن عمله الشخصي:

إن المسؤولية العقدية تقوم في حالة عدم تنفيذ المدين لالتزامه المنصوص عليه في العقد، كما رأينا سابقاً، ويجب على الدائن أن يثبت إخلال المدين بذلك، غير أن إخلال المدين بالالتزام قد يتخذ صورتين إما الالتزام بتحقيق نتيجة وإما الالتزام ببذل عناية. إلا أن مظاهر الإخلال العقدي لكل من المهندس المعماري و المقاول سوف نتطرق إليها في نطاق المسؤولية العقدية للمقاول و المهندس المعماري .

أ) الالتزام بتحقيق نتيجة (Obligation de résultat) :

إن الالتزام بتحقيق نتيجة أو غاية، لا يكون تنفيذه إلا بتحقيق الغاية من الالتزام والهدف منه، كالتزام البائع بنقل الملكية<sup>(2)</sup>، أو تشييد البناء، ويكفي عدم تحقق الغاية لوقوع الخطأ العقدي، ويتعين على المدين إن أراد أن ينفي عنه المسؤولية العقدية، أن يقيم الدليل على وجود السبب الأجنبي طبقاً لنص المادة 176 ق.م.ج.

ب) الالتزام ببذل عناية (obligation de moyen) :

إن المدين لا يقوم بتحقيق الهدف النهائي الذي يسعى إليه الدائن بل يكون مضمون أداؤه للالتزام وسيلة للوصول إلى الهدف النهائي. والقاعدة العامة أن يبذل المدين العناية التي يبذلها الشخص العادي، وقد تزيد هذه العناية أو تقل طبقاً لما يقرره القانون أو الاتفاق، ويكون المدين قد نفذ التزامه التعاقدية إذ بذل العناية المطلوبة منه حتى ولو لم يتحقق الهدف أو الغاية من الالتزام.

(1) - د. بوكريزة أحمد، المرجع السابق، ص92.

(2) - د. محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص312.

ولقد نصت المادة 172 ق.م.ج على هذا النوع من الالتزام بقولها : "في الالتزام بعمل إذا كان المطلوب من المدين أن يحافظ على الشيء أو أن يقوم بإلته أو أن يتوخى الحيلة في تنفيذ التزامه فإن المدين يكون قد وفى بالالتزام إذا بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادي، ولو لم يتحقق الغرض المقصود....".

وبناءً على ما تقدم يجب أن نلاحظ التمييز بين نوعي الالتزام السابق بيا ما عندما نقول أن الخطأ العقدي في الالتزام بتحقيق غاية، هو عدم تحقيق هذه الغاية، أما الالتزام ببذل العناية فيكون الخطأ العقدي فيه عدم بذل المدين العناية المطلوبة.

وقياساً على ما تكلمنا عنه فإنه في المال المعماري، فإن تحديد طبيعة التزامات المقاول والمهندس المعماري لها أهمية قصوى كما سنرى لاحقاً<sup>(1)</sup>، حيث يرى غالبية الفقه أن التزامات مقاول البناء تعتبر التزاماً بتحقيق نتيجة في غالبيتها، نظراً للطابع المادي للأعمال التي يكلف المقاول، أما بالنسبة للالتزامات المهندس المعماري هي على نقيض سابقتها يغلب عليها الطابع الذهني فكانت التزاماً ببذل عناية<sup>(2)</sup>.

غير أنه يوجد جانب من الفقه من يرى، أن بعض التزامات تنشأ في البداية على أساس بذل عناية، ثم تتحول إلى تحقيق نتيجة<sup>(3)</sup> ولكن هذا الطرح في الواقع لا يستقيم على أساس أن أصحاب هذا الرأي قد وقعوا في خلط بين عبء الإثبات وطبيعة الالتزام. ومثال ذلك، إذا حدث في البناء خلل بعد تسليمه يكون المقاول والمهندس المعماري مسؤولان وحدهما اتجاه رب العمل والخطأ هنا هو خطأ مفترض، وذلك ليس لكون التزامهما بتحقيق نتيجة، وإنما يرجع ذلك إلى قرينة المسؤولية الملقاة عليهما، و إذا نستطيع أن نقول أن الالتزام قد تحول إلى تحقيق نتيجة.

إن التزامات المقاول والمهندس المعماري تختلف، فبعضها تكون طبيعته تحقيق نتيجة مثل احترام أجل التنفيذ، إعداد التصاميم، وبعضها الآخر تكون طبيعته بذل عناية مثل الالتزام بالنصيحة والالتزام بمساعدة رب العمل... إلخ.

وعادة العقد هو الذي يوضح لنا طبيعة الالتزام المبرم بين رب العمل وبين المقاول والمهندس المعماري هل هو إلتزام بتحقيق نتيجة أم فقط ببذل عناية.

(1) - فيما يخص التزامات المقاول والمهندس، أنظر في هذا، ص70 وما يليها .

(2) - Karila (Jean Pierre), Les responsabilités des constructeurs, 2<sup>ème</sup> édition, Delmas, Paris, 1991, p22.

(3) - Malinvaud (Ph), Droit de la construction, édition Dalloz, 2000, p1210.

## الفرع الثاني : الضرر

يعد الضرر الركن الأساسي في قيام المسؤولية المدنية فهو الشرارة الأولى التي تفتح منها المساءلة أو المؤاخذة ، ومعه تدور المسؤولية المدنية وجودا وعدما، شدة وضعفا، فلا مناط للمسؤولية حين ينتفي الضرر لتخلف هذا الركن الجوهرى، سواء كانت المسؤولية عن الفعل الشخصي أو عن فعل الغير أو عن فعل الأشياء فإن انتفاء الضرر يحول دون قبول دعوى المسؤولية وذلك طبقا لقاعدة لا دعوى بدون مصلحة<sup>(1)</sup>.

## البند 1: تعريف الضرر

### أولا: تعريف الضرر بوجه عام :

الضرر بوجه عام هو الأذى أو التعدي الذي يصيب حق أو مصلحة مشروعة لشخص ما، وهذا الأذى أو التعدي قد ينشأ عن الإخلال بالتزام يفرضه القانون فتنهض المسؤولية التقصيرية بقيام أركانه وجزاء ذلك، هو التعويض بجر الضرر ومحاولة إصلاحه، أو ينشأ عن الإخلال بالتزام عقدي ارتبط المتعاقد المتضرر مع آخر أخل به في شكل عدم القيام بالالتزام أو التأخر في التنفيذ بصورة معينة أو لتنفيذه بصورة جزئية<sup>(2)</sup>. ويعرفه البعض كذلك بأنه : "الأذى الذي يصيب الشخص من جراء المساس بحق من حقوقه أو بمصلحة مشروعة له سواء تعلق ذلك الحق أو تلك المصلحة بسلامة جسمه أو عاطفته أو بماله أو حرته أو شرفه، أو غير ذلك"<sup>(3)</sup>. ولقد نص المشرع على الضرر في نص المادة 176 ق.م.ج<sup>(4)</sup>.

### ثانيا: الضرر في المسؤولية العقدية للمقاول والمهندس المعماري :

بديهى أنه لا يكفي مجرد الإخلال بالالتزام، حتى يسأل المهندس أو المقاول عقديا في علاقته برب العمل، طبقا للقواعد العامة، وإنما يتعين أيضا عليه إقامة الدليل على ضرر أصابه من جراء هذا الإخلال.

(1) - د. علي فيلاي، الالتزامات، العمل المستحق للتعويض، موقع للنشر، الجزائر، سنة 2002، ص 243.

(2) - د. أنور سلطان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار المعارف، القاهرة، ص 231.

(3) - د. علي فيلاي، المرجع السابق، نقلا عن السعيد مقدم، التعويض عن الضرر المعنوي، ص 244.

(4) - تنص المادة 176 ق.م.ج إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينيا، حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ نشأت....".

فالضرر هو الركن الأساسي الذي تقوم عليه المسؤولية العقدية، فإذا لم يتوفر الضرر انتفت هذه المسؤولية وإن شكلت تصرفاً ما خطأً، ففوق الخطأ لا يكفي وحده لقيام المسؤولية إنما يجب أن يترتب على هذا الخطأ ضرر يصيب رب العمل.

ويتمثل الضرر بصفة أساسية في العيب الذي يلحق البناء، وذلك بصرف النظر عن مدى جسامته هذا العيب وخطورته، وحتى ما كان ظاهراً منها، ما دام رب العمل قد رفض تسلم البناء<sup>(1)</sup>، كما يشترط أن يكون الضرر الحاصل لرب العمل محققاً ومباشراً ومتوقفاً في مقداره ومداه أي يمكن توقعه عادة وقت التعاقد، وهذا طبقاً لنص المادة 2/182 ق.م.ج<sup>(2)</sup>، في حين تفترض المسؤولية العشرية اللاحقة على التسليم<sup>(3)</sup>، عيباً على درجة معينة من الخطورة لم يكن ظاهراً عندما تسلم رب العمل البناء.

كما أن لفظ العيب في البناء يتسع بدهاءة ليشمل عدم مطابقة الأعمال للتصميمات أو مخالفتها للمواصفات المتفق عليها<sup>(4)</sup>.

وفي رأي الدكتور محمد شكري سرور فيما يخص في معنى كلمة الضرر "... ويضيف البعض إلى الضرر بمعنى العيب في البناء بمعنى الكلمة "الأضرار التي بسببها هذا العيب لرب العمل، كتلك التي تصيبه في جسمه، أو تلك التي تصيبه في ذمته المالية متمثلة على سبيل المثال في التزامه بتعويض الجير ان عن الخلل الذي لحق بمنشأ م من جراء عملية البناء" وإن كنا نعتقد أن الضرر في هذين الفرضين يخرج في الحقيقة عن النطاق العقدي، وأن المسؤولية عنه تكون بالأولى تقصيرية، كما نعتقد أن إصباغ الصفة العقدية على المسؤولية في الفرض الأول بالذات، لا يتصور إلا بافتراض أن عقد المقاوله يتضمن التزاماً بالسلامة متعلقاً بشخص رب العمل وهو آخر مشكوك فيه.

كذلك يجب أن يكون هذا الضرر المدعى به لم يترتب عن عيب ظاهر كان معلوماً لدى رب العمل أو كان باستطاعته كشفه عند تسلمه للبناء، لأن تسليم الأعمال ينهي مسؤولية القائمين م عن كل العيوب الظاهرة التي كان رب العمل على علم م، لذا حتى يتمكن هذا الأخير من الحصول على تعويض عن الضرر الناجم عن مثل هذه العيوب وجب عليه أثناء التسليم أن لا يوافق من دون أن يتحفظ بشأ م.

وفي الأخير يمكن كذلك أن يتصور أن يلحق رب العمل ولو نفذت الأعمال خالية في ذا م من أي عيب، إذا كانت قد أنجزت متأخرة عن الموعد المحدد بالصفحة مما يعطيه الحق في التمسك بما يمكن أن يكون منصوباً

(1) - د. محمد شكري سرور، مسؤولية مهندسي ومقاولي البناء والمنشآت التالية الأخرى، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي القاهرة سنة 1985، ص 136.

(2) - تنص المادة 182 ق.م.ج : "غير أنه إذا كان الالتزام مصدره العقد، فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشاً أو خطأ جسيماً إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد".

(3) - وهذا ما سندرسه في الباب الثاني، الفصل الأول..

(4) - د. محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص 137.

عليه فيها من شرط جزائي ضد المقاول المسؤول عن هذا التأخير أو الرجوع بالتعويض عنه، على المهندس إن كان هو المتسبب بخطئه فيه<sup>(1)</sup>.

وتطبيقا لذلك، جاء في حكم لمحكمة النقض الفرنسية أنه لا تترتب على محكمة الاستئناف، إن هي أدانت المهندس بتعويض رب العمل، متى كان قد ثبت لديها أن العيوب في التصميمات، التي وضعها قد استدعت إجراء أعمال جديدة، مما أخرج إنجاز العمارة عن الموعد المتفق عليه، ومن ثم عطل انتفاع رب العمل<sup>(2)</sup>.

نتيجة لخطورة الضرر، نجد أن المشرع الجزائري، قد تدخل بفرض على كل المتدخلين في عمليات البناء باكتساب تأمين إجباري مدف تغطية مسؤوليتهم المدنية المهنية بحيث تنص المادة 175 من الأمر 07/95 المتعلق بالتأمينات : "على كل مهندس معماري ومقاول ومراقب تقني و أي متدخل شخصا طبيعيا كان أو معنويا أن يكتب تأمينًا لتغطية مسؤوليته المدنية المهنية الذي قد يتعرض بسبب أشغال البناء وتحديد البنائيات أو ترميمها.

### البند 2) - أنواع الأضرار :

يمكن القول أن الضرر الناشئ عن الإخلال بالالتزام العقدي يتوزع إلى الأنواع التالية :

### النوع الأول : الضرر المادي

ويقصد بالضرر المادي هو ذلك الأذى الذي يصيب الشخص في جسمه أو ما يسمى بالضرر الجسماني، أو ذلك الضرر الذي يمس الذمة المالية للشخص المضرور.

### أولا : الضرر الجسدي الناتج عن الإخلال بالتزام عقدي

والضرر الجسدي يراد به الأذى الذي يقع على جسم الإنسان فيسبب له ضررا ماديا أو معنويا وهو على صورتين<sup>(3)</sup> :

أ- ضرر جسدي مميت يعطل جميع وظائف الجسد ويفضي إلى إزهاق الروح ويطلق عليه (الإصابة المميتة)، وهي التطبيقات العملية للإخلال بالالتزام العقدي المؤدي إلى التعجيل بآء الحق في الحياة، كسقوط أحد العمال من أحد الطوابق أثناء عملية التشييد، أو سقوط رافعة مواد البناء، أو سقوط جدار لم يجف بعد عليه.

(1) - د. محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص 138.

(2) - د. محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص 138.

(3) - د. أنور سلطان، المرجع السابق، ص 315.

**ب-** ضرر جسدي غير مميت يعطل وظائف الجسد ويلحق الأذى بالحق في السلامة الجسدية للمضروب ويصاب بالعاهة البدنية، فكسر ساق أو يد أحد العمال نتيجة لرفع حمولة ثقيلة أدت إلى وقوع عاهة بدنية (العجز الكلي أو الجزئي).

غير أن جانبا من الفقه يرى أن بعد تسليم البناء لرب العمل، فإن عقد المقاولة ينشئ التزاما بسلامة رب العمل، وذلك على أساس أن الضمان العشري لا يقتصر فقط على تغطية العيوب التي تقع في البناء، وإنما يمتد ليغطي الأضرار التي تحدث بواسطة هذه العيوب.

وقد انتقد الأستاذ شكري سرور موقف القضاء والفقه الفرنسي، لما قال بأن عقد المقاولة ينشأ التزاما بسلامة بعد التسليم، بحيث يرى أن الالتزام بسلامة يتحدد بالنظر إلى طبيعة التزامات مؤجري العمل (المقاولين)، ولا يتأثر بالعيوب الذي أنشأ الضرر، ومن ثم فإن التسليم لا يلعب أي دور في إنشائه، فهو سابق في وجوده عليه، تنشئه طبيعة العقد نفسها<sup>(1)</sup>.

### ثانيا : الضرر المالي الناشئ عن الإخلال بالعقد

يتمثل هذا الضرر في الخسارة التي تلحق المتعاقد وما فاته من كسب بسبب إخلال المتعاقد بالتزامه العقدي<sup>(2)</sup>. فالإخلال بالعقد قد يسبب للمتعاقد الآخر ضررا ماديا فتنهض المسؤولية العقدية إذا توافرت علاقة السببية بينه وبين الخطأ.

وفي مجال المسؤولية المعمارية فالضرر المادي الذي قد يلحق برب العمل، يكون مثلا في حالة ما إذا وضع المهندس المعماري تصميمًا، أصبح تنفيذه يقتضي بذل نفقات غير متوقعة أثناء إبرام العقد. أما الضرر اللاحق بالأشياء المنقولة والعقارية التي يملكها المضروب، فيتمثل في ذلك التلف الكلي أو الجزئي للشيء أو التسبب في فقدان قيمته الاقتصادية، على أن يكون ذلك الشيء عقارا كان أو منقولًا قابلا للتعويض، أي يمكن تقويمه بالمال، كما أن المسؤول إذا تسبب في استحالة استعمال الشيء لمدة معينة فإن ذلك يعتبر ضررا يتعين تعويضه<sup>(3)</sup>.

وتطبيقا لذلك في مجال المسؤولية المعمارية قد تلحق برب العمل أضرارا نتيجة إيار كلي أو جزئي للبناء، كسقوط جزء من السقف أو النافذة أو إيار الشرفة، أو كما يار بعض درجات السلم أو حواجزه أو ما يوضع في واجهات المنازل مدف تزيينها، أو أن المقاول تسبب في تلف المواد التي وردها رب العمل طبقا لنص المادة 552 ق.م.ج.

(1) - د. محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص 434-437.

(2) - د. أنور سلطان، المرجع السابق، ص 315.

(3) - Veney (Grenivière), Jourdain (Patrice), Traite de droit civil, les conditions de la responsabilité, 2<sup>ème</sup> édition, LG.D.J, Paris, 1998.

ويعتبر عدم استلام رب العمل البناء في آجاله المحددة، إخلالا بالتزام من طرف المقاول، أي مسيبا  
ضرا لرب العمل.

### النوع الثاني : الضرر المعنوي

لاشك أن الضرر هو الركن الأساسي لقيام المسؤولية المدنية فلا مسؤولية حيث لا ضرر أيّا كان نوع  
المسؤولية المدنية وأيّا كان شكل الضرر فيستحق المتضرر التعويض كجزء عام لقيام المسؤولية المدنية، إذا توافرت أركانها  
والمقصود بالضرر المعنوي هو الأذى الذي لا يصيب الشخص في ماله وإنما يقع على مصلحة غير مالية<sup>(4)</sup>.

ويرى الأستاذ السنهوري<sup>(2)</sup>: "أن الضرر الأدبي (المعنوي) يمكن إرجاعه إلى الحالات التالية :

1. ضرر أدبي يصيب الجسم كالآلام الناجمة عن الجرح والتشويه الذي يتركه الفعل الضار في جسم  
المتضرر.

2. ضرر أدبي يصيب الشرف والاعتبار والعرض القذف والسب وهتك العرض وإيذاء بالتقولات و  
والاعتداء على الكرامة.

3. ضرر أدبي يصيب الشخص بالعاطفة والشعور والحنان، ويلحق بالأعمال التي تصيب الشخص في  
معتقداته الدينية وشعوره الأدبي لأن الإخلال بإقامة الشعائر الدينية ضرا أدبيا وإلى هذا ذهبت محكمة استئناف مصر  
الوطنية.

4. ضرر أدبي يصيب الشخص من مجرد الاعتداء على حق ثابت له كالدخول في أرض الغير رغم  
معارضته، إلا أنه ينبغي أن يكون الضرر المعنوي ضرا محققا غير احتمالي.

### أ- موقف المشرع الجزائري في الضرر المعنوي قبل تعديل القانون المدني سنة 2005 :

لم يورد القانون المدني الجزائري نصا مماثلا للنصوص العربية التي نصت صراحة على التعويض عن الضرر  
المعنوي، مقلدا في ذلك القانون الفرنسي، غير أن الفقهاء انقسموا بين من رأى أن المشرع لم ينص على التعويض عن  
الضرر المعنوي<sup>(3)</sup>. حيث أنهم يبررون كذلك موقفهم أن تبني المشرع الجزائري لموقف المشرع الفرنسي، في عدم النص

(1) - د. أنور سلطان، المرجع السابق، ص315.

(2) - د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون، ج1، ص864-865.

(3) - د. السعيد مقدم، التأمين والمسؤولية المدنية، كليك للنشر، الجزائر، ص129، يقول: "أن التقنين المدني الجزائري رغم  
حدثه لم يأت بنص يقضي بمبدأ التعويض عن ضرر، الضرر المعنوي، ويدعم ذلك عدم وجود أعمال تحضيرية يمكن للباحث الاستناد  
إليها، الشيء الذي زاد الأمر تعقيدا".

صراحة على التعويض عن الضرر المعنوي، هذا يعني بأن المشرع الجزائري لو أراد الآخر بمبدأ التعويض لتبني موقف المشرع المصري، باعتبار أن نصوص القانون المدني الجزائري مأخوذة من القانون الفرنسي أو القانون المصري<sup>(1)</sup>. أما الفريق الآخر المؤيد بمبدأ التعويض عن الضرر المعنوي في القانون الجزائري فيبررون ذلك بنص المادة 124 ق.م.ج : "كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض"، فمصطلح الفعل قد يراد به فعل مادي أو معنوي، فالنص المذكور جاء عاما إذ لم يحدد نوع الضرر الذي يصيب الغير، فهو يتسع لكل أنواع الضرر، فالمبدأ العام في تفسير القانون يقضي بأنه لا ينبغي التمييز طالما أن القانون لم يميز كما أن الأصل في الأشياء الإباحة، فإن كان التعويض عن الضرر المعنوي غير منصوص عليه بصريح العبارة فإنه لم يرفض بصريح العبارة كذلك، كذلك يجد نص المادة 3 و 4 من قانون الإجراءات الجزائية التي نصت على تقبل دعوى المسؤولية المدنية عن كافة أوجه الضرر سواء كانت مادية أو اجتماعية أو أدبية... وهكذا...<sup>(2)</sup>

### ب- موقف المشرع الجزائري في الضرر بعد تعديل القانون المدني 2005 :

لقد ساير المشرع الجزائري التقنيات الحديثة بموجب القانون 01/05 المؤرخ في 20 جوان 2005 المعدل والمتمم للقانون المدني، تنص المادة 182 مكرر : "يشمل التعويض عن الضرر المعنوي، كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة". وبذلك يكون المشرع الجزائري قد وضع حدا لكل التأويلات بشأن أخذه بمبدأ التعويض عن الضرر المعنوي، فلا أحد اليوم ينازع بشأن التعويض عن الضرر المعنوي، فشأنه شأن الضرر المادي.

(1) - كمال فريجة، "المسؤولية المدنية الطبية" رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، الجزائر، سنة 2012، ص 27.

(2) - كذلك نجد نص المادة 3/5 من قانون الأسرة، والقانون 88/31 من قانون المرور المتعلق بنظام التعويض عن الأضرار الناتجة عن حوادث المرور، نصّ عن الضرر المعنوي.

النوع الثالث : الضرر الذي يصيب ذوي المتوفي (الضرر المرتد)<sup>(1)</sup> (Dommage par ricochet)

قد يقتصر أثر الفعل الضار على المتضرر المباشر فلا يتعداه إلى غيره، وقد تمتد آثاره لتصيب أشخاصاً آخرين تربطهم بذلك المتضرر رابطة معينة تجعلهم يتأثرون مادياً أو معنوياً بالأضرار التي أصابته، فالفعل الضار في هذه الحالة يترتب عنه نتيجتين مترابطتين مع بعضهما الأولى تتمثل في الضرر الذي أصاب الضحية المباشرة بينما الثانية فتتمثل في أضرار ارتدت على الغير، وعليه نسمي بصفة عامة ضرراً مرتداً كل إذا لحق الضحية نتيجة ضرر جسماني أصاب الضحية مباشرة والمثال الحي لذلك الضرر اللاحق بالزوج أو الأبناء القصر عند وفاة الزوج أو الأب نتيجة الحادث<sup>(2)</sup>.

فالآخرين المتضررين بسبب تضرر الضحية يسمون "بالخلف" أما الضحية فيسمى "بالسلف"، فالخلف العام المقصود هنا ليس فقط المنصوص عنهم في نص المادة 108 م القانون المدني الجزائري، بل يتعداه، فلقد أصدرت محكمة النقض الفرنسية حكماً بتاريخ 1970/02/27 قررت فيه أن المادة 1382 من القانون المدني الفرنسي، لا تشترط وجود رابطة قانونية بين المتضرر والخلف، ومنذ ذلك الحين أصبح الخلف يتسع ليشمل كل من أصابه ضرر شخصي من جراء الحادث الذي أصاب السلف، ومن تطبيقات فكرة الضرر المرتد في مجال المسؤولية المعمارية كأن يسقط جدار أو حائط على رب العمل فيؤدي به إلى عجز دائم لا يستطيع مزاوله مهنته بسبب الحادث أو حتى الوفاة، وبالتالي الأشخاص الذين كان يعملهم يتضررون هم كذلك. وبالتالي يستطيع الخلف أن يرفع دعوى قضائية للمطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحق به شخصياً وذلك على أساس قواعد المسؤولية العقدية.

(1) - وينقسم الضرر المرتد إلى مادي ومعنوي، فالضرر المرتد المادي لا يوجد اختلاف فيه بينما الضرر المرتد المعنوي هو من دار حوله خلاف حول التعويض عنه أم لا ، غير أن القضاء الجزائري اعترف بالتعويض عن الضرر الأدبي المرتد وذلك في القرار الصادر عن المحكمة العليا، حيث جاء فيه : "يجق لذوي الحقوق المطالبة بالتعويض مقابل الضرر المعنوي الذي لحقهم وخاصة أ م اطلعوا على الوثائق والمستندات التي أثبتت الوفاء، ومحضر الدرك المرفق بالملف الذي يبين أن الضحية توفت إثر حادث مروري وقرار صادر من المحكمة العليا، الغرفة المدنية، بتاريخ 1993/01/06، ملف رقم 95004، نشرة القضاة 1997، العدد 50 ص 60.

(2) - « On appelle généralement dommage par ricochet d'ensemble des préjudices subis par un tiers victimes du fait du dommage corporel initial dont est directement atteinte la victime immédiate, l'exemple type est celui des préjudices subis par le conjoint et les enfants mineurs lorsque leurs époux et père est tué dans un accident », CF.Yvonne Lambertfaivre, droit du dommage corporel, systèmes d'indemnisation, 4<sup>ème</sup> édition, Dalloz, 2000, n° 173, p275.

**البند 3): شروط الضرر :**

يشترط في الضرر سواء كان ضررا ماديا أو معنويا، أن يكون محققا ومباشرا ومتوقعا.

**– الشرط الأول : أن يكون محققا**

والمقصود نذا الشرط، يجب أن يكون ثابتا على وجه اليقين، والتأكيد واقعا ولو في المستقبل، أي لا يكون افتراضيا، ولا أن يكون احتماليا<sup>(1)</sup>.

**أ- الضرر المستقبلي :**

طبقا للقواعد العامة، فإن التعويض يشمل كذلك الضرر المستقبلي ما دام وقوعه أمرا مؤكدا. ومن الأمثلة البارزة في المال المعماري، أن يكون التهدم في المستقبل، على أثر ما ظهر به من خلل جسيم أمرا مؤكدا. عندئذ يكون لصاحب البناء الحق في الحصول على التعويض على أساس من هذا التهدم دون انتظار لوقوعه بالفعل<sup>(2)</sup>. وفي هذا المعنى جاء في حكم لمحكمة النقض المصرية : "التعويض كما يكون عن ضرر حال فإنه يكون أيضا على ضرر مستقبل متى كان محقق الوقوع"<sup>(3)</sup>.

كما قضى مجلس الدولة الفرنسي بإلزام المهندس بدفع تكاليف هدم المبنى وإعادة إنشائه بناء على ما ثبت من عدم كفاية الأساسات التي أقيم عليها.

**ب- الضرر الاحتمالي :**

فلا يكون محقق الوقوع في المستقبل وإنما قائم على وهم وافتراض لا أساس له وبالتالي، قد يقع وقد لا يقع، فهو احتمالي الوقوع ولا يعرض إلا إذا وقع فعلا وصار وقوعه مؤكدا في المستقبل<sup>(4)</sup>.

**الشرط الثاني : أن يكون مباشرا**

يمكن القول أن موضوع التفرقة بين ما إذا كان الضرر مباشرا أو ليس مباشرا من المواضيع التي تكتنفها بعض الصعوبات.

والأصل أن كل ضرر متوقع هو ضرر مباشر لأنه محتمل الحصول ممكنا توقعه، إلا أنه ليس كل الأضرار المباشرة لهذا يطرح السؤال عن معيار التفرقة بينهما وفي هذا الصدد، يرى الدكتور السنهوري : "أن الضرر المباشر هو ما كان نتيجة طبيعية للخطأ الذي أحدثه، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية، إذ لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل

(1) - د. أنور سلطان، المرجع السابق، ص 292.

(2) - د. شكري سرور، المرجع السابق، ص 369.

(3) - د. شكري سرور، المرجع السابق، ص 369.

(4) - د. أنور سلطان، المرجع السابق، ص 292.

جهد معقول، وهو معيار يجمع بين الدقة والمرونة، أما الأضرار غير المباشرة فلا تكون نتيجة طبيعية للخطأ العقدي الذي أحدث الضرر وبالتالي، فإن المدعى عليه ليس مسؤولاً عنها".

ومثال الضرر غير مباشر في المال المعماري، ذلك الضرر الذي يصيب رب العمل جراء التأخر في التنفيذ، نتيجة توقف أشغال البناء لندرة المواد المستخدمة في السوق وارتفاع أسعارها، خاصة حالة تعهده بتقديم المواد المستخدمة، وذلك أنه كان ينبغي عليه الاحتياط لتقلبات السوق، وبالتالي تخزين المواد بالكمية الكافية، لإملاء الأشغال، أو على الأقل تحمل مصاريف إضافية لتوفير المواد ولو بسعر مرتفع، فالضرر الذي أصابه في هذه الحالة غير ناتج عن الخطأ العقدي للمقاول، وبالتالي ليس له المطالبة بالتعويض، ولا بغرامات التأخير.

ولقد قضى مجلس الدولة الفرنسي في هذا الصدد في تقرير التعويض النقدي على الوقت الذي كان بإمكان صاحب البناء فيه أن يعمل على تنفيذ عمليات الإصلاح، وحمل صاحب البناء الذي يتأخر في اتخاذ إجراءات لازمة لتمكين المشيد من إصلاح البناء، نتائج ارتفاع الأسعار<sup>(1)</sup>، وهذا يستند في الواقع إلى القواعد العامة والتي بموجبها يقتصر التعويض على الضرر المباشر ولا يمتد إلى الأضرار غير المباشرة، وهو يكون كذلك طالما أنه لم يكن بإمكان الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول<sup>(2)</sup>.

أما فيما يخص تفويت الفرصة، فتتمثل بافتراض أن المدعي كان يأمل في منفعة كانت ستؤول إليه من خلال انتهازه لهذه الفرصة التي كان يعول عليها بحيث أنه تمكنه من تحقيق أمله فيما لو قد سارت الأمور على وفق مجراها الطبيعي، إلا أن فعل المسؤول هو الذي فوت هذه الفرصة وبدد أمله في انتهازها فقضى على إمكانية تحقيق الهدف حتى ولو كان الهدف محتملاً وليس مؤكداً<sup>(3)</sup>.

ومن الثابت أن تفويت الفرصة ليس ضرر محتملاً وإنما هو ضرر محقق ومؤكد، وأن المدعى إنما يطالب المسؤول عن ضياع هذه الفرصة التي كانت لو لم تضيع ستحق له الريح وتجنبه الخسارة.

وفي العراق عثرنا على قرار ذهب فيه محكمة التمييز إلى جواز التعويض على الفرصة، قضية أقامها مالك على إحدى البلديات طالب فيها بأجر مثل الأرض التي كان قد بدأ في البناء عليها بعد حصوله على إجازة البناء من البلدية المذكورة، إلا أن البلدية قامت بإيقاف البناء لتبينها أنه منحت الإجازة خطأ لمخالفة البناء لنظام الطرق والأبنية، فجاء في القرار ما يلي: "تلاحظ المحكمة أن التعويض الذي يستحقه المدعي يقتصر على الأضرار المادية التي أصابته فعلاً، أما الأضرار المستقبلية، فإنه لا يستحق أجر مثل الحوانيت التي في نيته تشييدها لأن هذا الضرر من الأضرار الاحتمالية التي لا يعوض عنها، بل يستحق التعويض عن تفويت الفرصة، أي فرصة تشييد هذه الحوانيت<sup>(4)</sup>".

(1) - د. شكري سرور، المرجع السابق، ص 368.

(2) - د. شكري سرور، المرجع السابق، ص 368.

(3) - د. أنور سلطان، المرجع السابق، ص 295.

(4) - د. أنور سلطان، المرجع السابق، ص 295.

### الشرط الثالث : أن يكون الضرر شخصيا

يُجمعُ مع الفقه والقضاء أن المضرور لا تقبل دعواه إلا إذا أثبت أن ضررا لحقه شخصيا ويكون الضرر شخصيا إذا أصاب بالمدعي في جسده أو في ماله أو في نفسه. أما إذا وقع الضرر على شخص آخر، فإن دعوى التعويض ستفرض ما لم يكن هذا الأخير قاصرا بحيث يتولى وليه المسؤول عن التقاضي باسمه، كما يحق كذلك للوكيل المطالبة بالتعويض عن ضرر حلَّ بموكله. وتطبيقا لذلك، يجب على رب العمل المرتبط عقديا مع المهندس المعماري أو مقاول البناء أن يثبت الضرر الذي أصابه شخصيا وكان من ورائه و سببه خطأ من المقاول أو المهندس المعماري، فيستوي أن يكون رب العمل شخص طبيعى أو شخص معنوي.

### أولا : رب العمل شخص طبيعى

يعتبر الضرر شخصي في حالة ما إذا أصاب رب العمل في جسده أو في ماله، ويعتبر في هذه الحالة ضررا ماديا، وقد يصاب بالضرر في شعوره أو عاطفته أو سمعته، ويكون الضرر حينئذ ضررا معنويا، وإذا كان هناك وكيل عن رب العمل، فإنه يمكن له المطالبة بالتعويض عن الضرر اللاحق بموكله كما هو الحال بالنسبة للمحامي في علاقته مع رب العمل.

وما تجدر الإشارة إليه، أنه عندما يتعلق الأمر برب العمل شخص طبيعى لا يتيسر أي إشكال، إذا تعلق الأمر في تحديد الضرر الشخصي، وكذا تحقق الصفة في رافع دعوى التعويض، بحيث أن رب العمل له صفة المضرور، مما يجعل دعواه مقبولة من هذا الجانب ما دام يدعي حقا أو مركزا قانونيا لنفسه<sup>(1)</sup>.

### ثانيا : رب العمل شخصا معنويا

لقد عرف الفقه الشخص المعنوي على أنه مجموعة من الأشخاص أو الأموال تتحد من أجل تحقيق غرض معين ومعترف لها بالشخصية القانونية<sup>(2)</sup>. ولقد نصَّ المشرع الجزائري في نص المادة 49 ق.م.ج على الأشخاص الاعتبارية<sup>(3)</sup> بصفة عامة.

(1) - د. بوشير محمد أمقران، قانون الإجراءات المدنية، نظرية الدعوى، نظرية الخصومة، الإجراءات الاستثنائية، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، سنة 2001، ص 67.

(2) - د. رمضان أبو السعود، الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، سنة 1985، ص 318.

(3) - تنص المادة 49 ق.م.ج : "الأشخاص الاعتبارية هي : الدولة، الولاية، البلدية، المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، الشركات المدنية والتجارية، الجمعيات والمؤسسات، الوقف، كل مجموعة من أشخاص أو أموال يمنحها القانون شخصية قانونية".

أما في مجال المقاولاتية، فنجد المرسوم التشريعي رقم 07/94، حيث عرفت صاحب المشروع في نص المادة 07 منه كما يلي : "يقصد بصاحب المشروع، حسب مفهوم هذا المرسوم التشريعي، كل شخص طبيعي أو معنوي، يتحمل بنفسه مسؤولية تكليف من ينجز أو يحول بناء ما يقع على قطعة أرضية يكون مالكا لها أو يكون حائزا حقوق البناء عليها طبقا للتنظيم والتشريع المعمول بما".

كما تضيف المادة 08 من نفس المرسوم على أنه : "يقصد بصاحب المشروع المنتدب، إذا المرسوم التشريعي كل شخص طبيعي أو معنوي يفوضه صاحب المشروع قانونا للقيام بإنجاز بناء أو تحويله".

من خلال ما تقدم يمكن أن يكون رب العمل شخص طبيعي أو شخص معنوي، فإذا تعرض هذا الأخير إلى ضرر ناتج عن خطأ من المقاول أو المهندس فله أن يرفع دعوى قضائية عن طريق ممثله القانوني طبقا لنص المادة 50 ق.م.ج (.... - نائب يعبر عن إرادته - حق التقاضي).

وتجدر الإشارة إليه أن فكرة رب العمل قد تتجسد في المال المعماري في شركات (المتثلة في شخص معنوي) مقاولات الترقية (أ) التي تقوم بإنجاز أو تجديد الأملاك العقارية والتي تقوم بإبرام عقود مقاوله بناء وكذلك جماعية المالكين المشتركين للبناء الذين تنتقل إليهم ملكية العقار المبني بعد إنجازه (ب).

#### أ) المرقى العقاري :

تنص المادة 14/3 من القانون 04/11 الذي يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية على ما يلي : "يعد مرقيا عقاريا، في مفهوم هذا القانون، كل شخص طبيعي أو معنوي يبادر بعمليات بناء مشاريع جديدة، أو ترميم أو إعادة تأهيل، أو تجديد أو إعادة هيكلة أو تدعيم بنايات تتطلب أحد هذه التدخلات، أو بيئة وتأهيل الشبكات قصد بيعها أو تأجيرها"، أي أنه كل شخص طبيعي أو معنوي يبادر بمشروع عقاري.

كما نصت المادة 17 منه على تولى المرقى العقاري مسؤولية تنسيق جميع العمليات التي تدخل في إطار الدراسات والأبحاث وتعبئة التمويل وكذا تنفيذ أشغال إنجاز المشروع العقاري.

ويعرف الفقه المرقى العقاري على أنه ذلك الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي مهنته أو هدفه اتخاذ وبصفة اعتيادية، وفي إطار تنظيم مستمر، العناية بإنجاز مشروع عقاري، يتحمل مسؤولية التنسيق بين العمليات اللازمة للدراسة والتنفيذ، ووضعها تحت تصرف المستعملين للبرامج المنجزة<sup>(1)</sup>. فالممثل القانوني للشركة (الترقية العقارية) المطالبة بالتعويض عن الأضرار اللاحقة بالشركة باعتبارها شخصا معنويا له ذمة مالية مستقلة، ودعواها هذه لا تتميز عن دعاوى الشخص الطبيعي العادي، بحيث له الحق في الرجوع سواء على المقاول أو المهندس على أساس

(1) - Malinvaud (PH) et autres, Op.cit, p5 : « le promoteur constructeur est défini comme la personne physique ou morale dont la profession l'objet de prendre de façon habituelle est dans le cadre d'une organisation permanente, l'initiative de réalisation immobilière et d'assurer la responsabilité de la coordination des opérations intervenant pour l'étude, l'exécution et la mise à la disposition des usagers des programme réalisée ».

قواعد المسؤولية العقدية، وذلك قبل تسلم المشروع، كما له الحق في الاستفادة من أحكام الضمان العشري، بعد تسليم<sup>(1)</sup> المشروع.

### ب) المالكون المشتركون للبناء :

لقد جاء تعريف الملكية المشتركة في التشريع الجزائري وفق المادة 743 ق.م.ج حيث نصت : "الملكية المشتركة هي الحالة القانونية التي يكون عليها العقار المبني أو مجموعة العقارات المبنية والتي تكون ملكيتها مقسمة حصصا بين عدة أشخاص تشتمل كل واحدة منها على جزء خاص ونصيب في الأجزاء المشتركة". ومن خلال التعريف الذي جاء به المشرع الجزائري يمكن أن نستخلص أن الملكية المشتركة هي نظام قانوني يمس المبنى والأشخاص المالكين له، حيث يشترط في المبنى أن يحتوي على شقق مملوكة لشخصين على الأقل، تحتوي على أجزاء مشتركة لا يمكن فصل بعضها عن البعض في التصرف، أي أن كلا منهما مرتبط بالآخر. إن هؤلاء المالكين في الملكية المشتركة لا يرتبطون مع المقاول والمهندس المعماري بعقد مقاوله الأمر الذي ينتج عنه أنهم لا يمكنهم في حالة إذا أصابهم ضرر الرجوع على المقاول والمهندس المعماري على أساس قواعد المسؤولية العقدية طبقا للقواعد العامة ولكن يبقى لهم الحق في رفع دعوى الضمان العشري، طبقا لنص المادة 554 ق.م.ج بحيث تثبت دعوى الضمان للشريك في حالة الضرر الذي يصيب الجزء الخاص بملكيته على أساس ارتباط دعوى الضمان بالملكية، كما يكون من حق الجمعية ممثلة في المتصرف رفع دعوى الضمان العشري ضد المشيد، وذلك بالنسبة للضرر الذي يلحق الأجزاء المشتركة<sup>(2)</sup>.

(1) - أنظر المادة 8 من المرسوم التشريعي رقم 03/93 المؤرخ في 01 مارس 1993، المتعلق بالنشاط العقلي، المنشور في ج.ر. عدد 14، .

مع الإشارة إليه أنه تم إلغاء المرسوم التشريعي رقم 93/03 بموجب القانون 04/11 المحدد للقواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية، المؤرخ في 17 فبراير 2011، المنشور في الجريدة الرسمية يوم 6 مارس 2011، ج.ر. عدد 14. أما فيما يخص شروط التحاق بمهنة المرقى العقاري، فلقد حددها القانون 04/11 في المواد 19، 20 و 21 منه بحيث تنص هذه المواد السماح لكل شخص طبيعي أو معنوي مؤهل للقيام بالأعمال التجارية بممارسة مهنة المرقى العقاري، وشروط ممارسة العمل التجاري هي الأهلية (حتى الترشيد)، القيد في السجل التجاري، مسك الدفاتر التجارية... إلخ، لتتمتع بالحقوق المدنية والسياسية في التسجيل في الجدول الوطني للمرقين العقاريين يشترط الخبرة والكفاءة المهنية (حيازة شهادة عليا في مجال الهندسة المعمارية...).

(2) - د. شعبان عياشي، أشخاص الضمان العشري في القانون الجزائري، الملة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية الجزء 42، رقم 02، كلية الحقوق، بن عكنون، الجزائر، 2000، ص 98-99، كذلك نجد نص المادة 2/764 ق.م.ج : "يعد هذا المتصرف وكيلا للجمعية ويمثلها لدى القضاء".

الشرط الرابع : أن يكون الضرر ناشئا عن إخلال بمصلحة مشروعة للمضرور

إضافة إلى ما سبق يجب أن يقع الضرر على مصلحة مشروعة غير مخالفة للنظام العام والآداب العامة، فقد نصت المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على ذلك بقولها : "لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له صفة، وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون.

يثير القاضي تلقائيا انعدام الصفة في المدعي أو في المدعى عليه، و يثير تلقائيا انعدام الإذن إذا ما اشترطه القانون".

هذا فيما يخص سن المشرع المصلحة المشروعة، أما عن تطبيقا في المسؤولية المعمارية فيكون مثلا للمقاول الحق في الحصول على الأجرة المستحقة عن عمله حق مكتسب، يستحق التعويض حالة ترتب الضرر على عدم دفعه في الوقت المحدد.

كما أن تضرر رب العمل من التنفيذ أو المتأخر لالتزامات المتعاقدين معه يؤثر على مركزه المالي، الذي يعد من المنافع المحمية بموجب القانون.

أما عن صورة المصلحة غير المشروعة التي لا يحميها القانون ولو كانت موضوع تضرر من عدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية، امتناع المقاول عن مواصلة التنفيذ بسبب رداءة نوعية المواد المقدمة من طرف رب العمل، رغم إصرار رب العمل على تقبل هذه المواد المعيبة. فالتوقف عن التنفيذ يضر بالذمة المالية لرب العمل ويؤثر على آجال التسليم وبالتالي على علاقته بالمستفيدين، لكن الضرر يبقى دون تعويض، لأن سبب المطالبة بالتعويض ناتج عن ضرر خلفه إصرار رب العمل على مخالفة الأصول الفنية والقواعد التنظيمية لبناء ومستلزمات الأشغال، وعليه لا يستحق التعويض عنه كون المصلحة غير مشروعة.

الفرع الثالث :الركن الثالث " العلاقة السببية بين الخطأ العقدي والضرر" : " lien de

"causalité entre la faute et le dommage

(أ) معنى العلاقة السببية :

لا يكفي أن يكون هناك خطأ وضرر، بل يجب أن يكون الضرر الذي أصاب الدائن نتيجة لخطأ المدين، وبمعنى آخر أن يكون الخطأ العقدي هو السبب في الضرر وهذا ما يعبر عنه بعلاقة السببية، ولقد نص المشرع الجزائري على هذا الركن من خلال نص المادة 176 ق.م.ج يقوله : "... حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه...".

وإذا كانت العلاقة السببية تعني أن الخطأ يجب أن يكون هو السبب في إحداث الضرر فإن رجوع الضرر إلى سبب أجنبي انعدمت السببية، طبقا لنص المادة 176 ق.م.ج بقولها : "... ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ

نشأت عن سبب لا بد له فيه..."، وفي هذا الصدد يجب على القاضي أن يتحقق من وجود رابطة سببية بين الخطأ والضرر وكذلك أن تكون السببية هي مولدة الضرر أي منتجة، كما تنعدم أيضا حتى ولو كان الخطأ هو السبب ولكنه لم يكن السبب المنتج للضرر، بل حتى لو كان السبب المنتج ولكنه لم يكن السبب المباشر<sup>(4)</sup>.

#### ب) معيار تحقق السببية :

يكون تعيين العلاقة السببية سهلا عندما يكون السبب الذي أحدث الضرر واحدا، مثال : أن يستخدم المقاول مواد رديئة في بناء منزل أو يخطئ والمهندس المعماري في مهمة وضع تصاميم، مما يؤدي إلى ا يار البناء، فمثل هذه الأحوال تكون العلاقة السببية واضحة بين الخطأ والضرر، ولا يبقى إلا إسناد الفعل للفاعل. ولكن الأمر يدق أحيانا في العلاقة السببية بوجه خاص، عند تعدد الأسباب التي اجتمعت على إحداث الضرر الواحد.

ولعل أهم النظريات التي عاجلت هذه المسألة هي أولا نظرية تكافؤ الأسباب وثانيا نظرية السبب المنتج أو الفاعل.

#### أولا : نظرية تكافؤ الأسباب (l'équivalence des conditions)

هذه النظرية تأخذ بعين الاعتبار كل سبب ساهم في إحداث الضرر حتى ولو كان بعيدا، وأول من نادى بـ الفقيه "Bon Buri"، حيث اعتبر أن العوامل المسببة للضرر تعد متكافئة أي أنه إذا تخلفت إحدى هذه العوامل لا يحدث الضرر ويحتفي سببه، وعليه فإن السبب يعتبر شرط، فإذا اختفى السبب اختفت النتائج، فلا فرق بين الأسباب المباشرة والأسباب غير المباشرة. لقد هُجرت هذه النظرية لأما تجعل جميع الأفعال التي كان لها دخل في حدوث الضرر متساوية وتتجاهل دور كل فعل ومدى تأثيره في حدوث الضرر فهي بذلك تقيم العلاقة السببية بين الخطأ والضرر ولو كان الخطأ تافها وهذا ما لا يتماشى مع المنطق والعدالة.

#### ثانيا : نظرية السبب المنتج أو الفاعل "la\_causalité\_adequate"

وضع الفقيه الألماني فون كريز (Von Kries)، مبادئ هذه النظرية، وبمقتضاها إلا يؤخذ بعين الاعتبار إلا السبب الفعّال الذي لعب دورا أساسيا وفعالا في إحداث الضرر. ولقد ميّزت هذه النظرية بين السبب المنتج والسبب العارض، على حسبها يطرح السبب العارض جانبا، ولا يؤخذ به، كما أن من العوامل ما يكفي لوقوع الضرر، ويعد سببه الحقيقي ويوصف بالسبب الفعّال وفقا للمجرى العادي

(1) - د. محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 318.

للأمور في إحداث الضرر وليس هذا فحسب بل يجب أن يُعتبر الفعل قد أسهم في إحداثه، وبعبارة أخرى يعد السبب قائماً ولو تدخلت عوامل سابقة أو لاحقة أو معاصرة على الفعل المرتكب ما دامت هذه العوامل متوقعة ومألوفة.

إن موقف المشرع الجزائري من هذه النظرية، يعتبر أنه لقيام المسؤولية المدنية يجب أن يكون الخطأ هو السبب المباشر في إحداث الضرر وإلا تنعدم رابطة السببية، وفي هذا الصدد أخذت المحكمة العليا بنظرية السبب المنتج، حيث جاء في قرارها الصادر في 1996/11/17 أنه "يجب لاعتبار أحد العوامل سبباً في حدوث الضرر أن يكون سبباً فعالاً فيما يترتب عليه، ولا يكفي لهذا الاعتبار ما قد يكون مجرد تدخل في إحداث الضرر لاستبعاد الخطأ الثابت ونوعه كسبب للضرر"<sup>(1)</sup>.

### ت) إثبات العلاقة السببية :

يقع على الدائن (رب العمل) عبئ إثبات السببية، كما هي القاعدة بالنسبة لأركان المسؤولية الأخرى غير أن هذه السببية يفترض توافرها إذا أقام الدائن (رب العمل) الدليل على الخطأ والضرر ويعبر الفقه عن ذلك بأن "علاقة السببية مفترضة"<sup>(2)</sup>.

وليس معنى ذلك أن الدائن (رب العمل) معفى من إثبات السببية، فهذا يقع عليه، وإنما المراد إذا أن إثبات الخطأ والضرر يكفي لافتراض توافر السببية بينهما، وذلك طبقاً للقواعد العامة في عبئ الإثبات ومحل الإثبات، ذلك أن المدعي في الإثبات لا يحتم عليه أن يقيم الدليل على جميع عناصر الواقعة التي يدعيها، وإنما حسبه أن يبرهن على قدر من هذه العناصر يكفي لافتراض ثبوت الباقي منها"<sup>(3)</sup>.

ويقضي إثبات العلاقة السببية، فيما إذا كان الالتزام بتحقيق نتيجة أو ببذل عناية كما رأينا في ركن الخطأ سابقاً.

### د) نفي العلاقة السببية :

إن نفي العلاقة السببية في المسؤولية العقدية، يكون بإثبات السبب الأجنبي كما نصت عنه المادة 176 ق.م.ج بقوله "... ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا بد له فيه...".

فالسبب الأجنبي هو "ذلك الفعل الخارج عن إرادة المدين بحيث لا يمكن أن ينسب إليه خطأ وأن يكون هذا الفعل غير متوقع حدوثه من جانب الفاعل، وأن لا يكون في وسع المدين منع حدوثه، وليست له قدرة

(1) - قرار المحكمة العليا الصادر في 1996/11/17، ا لمة القضائية، العدد 02، 1996، ص179.

(2) - د. بوكرزازة أحمد، المرجع السابق، ص98.

(3) - د. بوكرزازة أحمد، المرجع السابق، ص98، نقلاً عن د. السيد أحمد عبد الله، نظرية العقد في قانون المعاملات المدنية الإماراتي

بالفقه الإسلامي، ص312.

على دفعه ولم يسهم من قريب أو بعيد في إحداث الضرر<sup>(1)</sup>. وعرفه الأستاذ سليمان مرقس بأنه "هو كل فعل أو حادث لا ينسب إلى المدعى عليه الأجنبي، و قد يأخذ عدة صور هي : القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ، خطأ المضرور، خطأ الغير<sup>(2)</sup>".

---

(1) - د. كمال فريجة، المرجع السابق، ص 300-301.

(2) - سوف ندرس هذه الصور في المبحث الثالث "أحكام المسؤولية العقدية".

المطلب الثاني: شروط المسؤولية العقدية للمقاول و المهندس المعماري عن فعل الغير:

تعتبر المسؤولية العقدية المعمارية للمقاول و المهندس المعماري عن فعل الغير إحدى التطبيقات العملية على المسؤولية العقدية عن الغير بصفة عامة .

الفرع الأول : مفهوم المسؤولية العقدية المعمارية عن فعل الغير

أ) مفهوم المسؤولية العقدية عن فعل الغير بصفة عامة :

إن أغلب القوانين المدنية للدول المختلفة لم تتضمن نصوصاً خاصة تحدد المقصود بالمسؤولية العقدية عن فعل الغير أو الشروط الواجب توافرها لقيامها<sup>(1)</sup>، لهذا قد واجه جانباً من الفقه المدني الذي تصدى إلى دراسة هذه المسؤولية مشكلة وضع تعريف جامع لها، يمكن أن يتضمن الجوانب الرئيسية والمهمة التي تقوم عليها هذه المسؤولية.

ولعلّ أهم المحاولات التي قيلت لتحديد المقصود هذه المسؤولية في الفقه الفرنسي هو تعريف الأستاذ "سيجور" عن فكرة الخطأ العقدي في القانون المدني الفرنسي هي "يسأل المدين مسؤولية عقدية عن فعل إتباعه الذين عهد إليهم تنفيذ التزامه العقدي"<sup>(2)</sup>، كذلك عرفها الأستاذ عباس الصراف في رسالته عن المسؤولية العقدية عن فعل الغير، وذلك مسؤولية المدين في التزام عقدي عن فعل شخص آخر غيره ممن يقومون مقامه في تنفيذ هذا الالتزام أو ممن يساعدون في تنفيذه أو عن فعل الأشخاص الذين يمارسون بالاشتراك مع المدين حقاً اكتسبه هذا الأخير بوساطة العقد.... وأدى سلوك واحد من هؤلاء إلى الإخلال بالالتزامات التي يفرضها العقد على المدين"<sup>(3)</sup>.

أما المشرع الجزائري فقد نص على مسؤولية المدين العقدية عن فعل الغير في المادة 178 ق.م.ج بقولها : "يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدية إلا ما ينشأ عن غشه، أو عن خطئه الجسيم، غير أنه يجوز للمدين أن يشترط إعفائه من المسؤولية الناجمة عن الغش، والخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه".

فجواز الاتفاق على إعفاء المدين من المسؤولية عن خطأ أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه، يعني أن المدين مسؤول عن خطأ هؤلاء الأشخاص.

(1) - د. محمد حنون جعفر، مسؤولية المقاول العقدية عن فعل الغير (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، سنة 2011، ص 60.

(2) - د. محمد جعفر، المرجع السابق، ص 61.

(3) - د. محمد جعفر، المرجع السابق، ص 63.

ب) مفهوم مسؤولية العقدية للمقاول والمهندس المعماري عن فعل الغير :

إن عقد المقاولة من أبرز العقود الواردة على العمل، إذ يكون محل التزام للمقاول والمهندس المعماري، هو القيام بالعمل المتفق عليه لحساب رب العمل مقابل أجر. والأصل في هذا النوع من العقود، أن شخصية المقاول ليست محل اعتبار عند رب العمل، ويترتب على عدم الاعتداد بشخصية المقاول في عقد المقاولة نتائج هامة، أهمها إمكانية قيام المقاول بالاستعانة بالغير لتنفيذ العمل محل العقد، سواء أكانت هذه الاستعانة على شكل إيكال العمل في جزء منه للغير (كما هو الحال في عقود المقاولة من الباطن)، أم كانت على شكل السماح للغير لمساعدة المقاول ومعاونته أثناء قيامه بالتنفيذ (كما في حالة المستخدمين والعمال).

غير أن حق المقاول في الاستعانة بالغير في تنفيذ التزامه العقدي مقيد بقيدتين :

الأول : هو ثبوت عدم وجود شرط في العقد يمنع المقاول من الاستعانة بالغير وهو ما يعرف بالشرط

المانع.

والثاني : هو أن لا يكون طبيعة العمل في العقد مما يقصد معها الركون إلى الكفاية الشخصية

للمقاول<sup>(1)</sup>.

(1) - د. محمد جعفر، المرجع السابق، ص 113.

الفرع الثاني: شروط المسؤولية العقدية المعمارية عن فعل الغير :

يجمع الفقهاء على أن المسؤولية العقدية عن فعل الغير تقوم بتوفر ثلاثة شروط أساسية وهي :

(1) قيام الرابطة العقدية بين الدائن والمدين.

(2) استعانة المدين بالغير لإحدى حقوق المدين العقدية.

(3) إخلال الغير بالتزام المدين العقدي.

1) - شرط قيام الرابطة العقدية بين الدائن والمدين :

يعد هذا الشرط عنصرا أساسيا للتمييز بين نطاق المسؤولية العقدية، عن فعل الغير، وبين نطاق المسؤولية التصديرية عن فعل الغير، وذلك لأن هذه المسؤولية لا يمكن أن تقام إلا بقيام الرابطة العقدية ما بين الدائن (رب العمل) والمدين (المقاول)، بخلاف المسؤولية الثانية التي يمكن أن تثار بين شخصين (المضروب والمسؤول عن فعل غيره) من دون أن تكون بينهما رابطة عقدية مسبقة.

ويقصد بالرابطة العقدية الواجب توافرها لقيام مسؤولية المقاول (المدين) العقدية عن فعل الغير هو قيام العقد الصحيح بين الدائن الذي هو رب العمل والمدين الذي هو المقاول المسؤول عن فعل غيره، وهذا يكون إما مقاول ثانوي (فرعي) للمقاول الاصيل، أو يكون مساعد (عون) لهذا المقاول. إن العقد الصحيح هو ذلك العقد الذي يشتمل على جميع أركان العقد (التراضي، المحل، السبب، الشكلية إذا تطلبت) بالإضافة إلى شروط الصحة طبقا للقواعد العامة في العقود.

2) - شرط إستعانة المدين بالغير أو ممارسة الغير لإحدى حقوق المدين العقدية :

يعتبر هذا الشرط أساسيا لقيام المسؤولية عن فعل الغير، حيث بموجبه نستطيع أن نفرق بين الحالة التي يسأل عنها المدين (المقاول) عقديا عن فعل الإخلال الصادر من الغير، وبين الحالة التي تنتفي فيها مسؤوليته عن هذا الفعل، وذلك تبعا فيما إذا كان الغير قد أدخله المدين بإرادته لتنفيذ التزامه العقدي، أو أن المدين لا دخل له في إدخاله في التنفيذ، وفي هذه الحالة، تنتفي المسؤولية العقدية للمدين في جميع الحالات التي ينطبق فيها وصف السبب الأجنبي.

ومنه حتى تقوم المسؤولية العقدية للمدين (المقاول) عن فعل الغير، لا بد أن تكون لإرادته دورا أساسيا في السماح لهم بالتدخل ومن ثم الإخلال بالالتزام العقدي، وهون ما يتحقق في إحدى الحالتين (الغير) :

الحالة الأولى : حالة استعانة المقاول أو المهندس بالغير لتنفيذ التزامه العقدي

في هذه الحالة يقوم المدين (المقاول أو المهندس المعماري)، بالالتزام العقدي بإدخال الغير من أجل مساعدته في تنفيذ التزامه العقدي، سواء اقتصر دور هذا الغير على مجرد تقديم المساعدة أو المعونة للمدين (المقاول أو المهندس) كما في حالة (الأعوان أو المساعدون)، أو تضمّن قيامه بتنفيذ بعض التزامات المدين (المقاول أو المهندس) العقدية، أو كلها بشكل مستقل عن الشخص المدين كما في حالة (البدلاء)<sup>(1)</sup>. إذ في هذه الحالة تقوم مسؤولية المقاول أو المهندس في جميع الحالات التي يثبت فيها صدور فعل أو خطأ من هؤلاء الأشخاص أدى إلى الإخلال بالالتزام العقدي للمدين، بصرف النظر فيما إذا كانوا من ضمن طائفة الأعوان أو المساعدين.

الحالة الثانية : حالة ممارسة الغير لأحد حقوق المدين العقدية

لا يقوم المدين في هذه الحالة بالاستعانة بالغير لمساعدته في تنفيذ التزامه العقدي، بل أن المدين سمح لهذا الغير في مشاركته في الحقوق الناشئة عن العقد، فإذا أعطى المقاول أو المهندس للغير أحد حقوقه الناتجة بموجب العقد ثم أحدث هذا الغير ضرر للدائن (رب العمل)، فالمدين (المقاول أو المهندس) هو من يتحمل النتيجة أمام رب العمل.

(3) - شرط إخلال الغير بالالتزام العقدي :

إن شرط الإخلال بالتزام عقدي هو الفيصل الرئيسي بين المسؤولية العقدية عن الفعل الشخصي، وبين المسؤولية العقدية عن فعل الغير، إذ تكون المسؤولية العقدية عن الفعل الشخصي قائمة على أساس خطئه الشخصي. في حالة إذا ما ثبت أن فعل الإخلال قد صدر عنه شخصياً، بينما تقوم المسؤولية العقدية عن فعل الغير في جميع الحالات التي يثبت فيها صدور الإخلال عن هذا الغير وليس عنه شخصياً<sup>(2)</sup>.

(1) - د. محمد جعفر، المرجع السابق، ص 67.

(2) - د. محمد جعفر، المرجع السابق، ص 68.

الفرع الثالث :- طبيعة مسؤولية المقاول و المهندس المعماري عن فعل الغير :

من المتعارف عليه في القواعد العامة، قيام مسؤولية المقاول من قبل رب العمل إذا ما صدر عنه إخلال بأحد التزاماته العقدية الناشئة بموجب عقد المقاولة، فتكون مسؤوليته عقدية قائمة على أساس الخطأ الشخصي الصادر منه، لكن السؤال الذي يثور هنا، في ما إذا كان الإخلال بالالتزام العقدي كان صادرا من الأشخاص الذين استعان بهم لمساعدته في تنفيذ العمل. فهل يكون في هذه الحالة مسؤولا عنهم؟ وإذا كان مسؤولا فما هي طبيعة هذه المسؤولية؟

لقد أجازت المادة 564 ق.م.ج<sup>(1)</sup> الاستعانة بالغير (المقاول الفرعي)، لغرض تنفيذ أعمال المقاولة فإن الفقرة الثانية 2/564 ق.م.ج نصت على "ولكن يبقى في هذه الحالة مسؤولا عن المقاول الفرعي تجاه رب العمل"، بمعنى أن المقاول الفرعي مسؤول عن الأشخاص الذين يوكل إليهم تنفيذ أعمال المقاولة الفرعية. كذلك نجد المادة 2/178 ق.م.ج تنص كذلك المسؤولية العقدية عن فعل الغير بقولها "... يجوز للمدين أن يشترط إعفاءه من المسؤولية الناجمة عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه". رغم أن المادة 2/564 ق.م.ج، قد أقرت بمسؤولية المقاول عن فعل الإخلال الصادر عن المقاول الفرعي الذي أحله المقاول الأصلي محله في تنفيذ المقاولة كلها أو في جزء منها، إلا أننا نعتقد أن حكمها غير قاصر على هذه الحالة فقط، بل يشمل جميع الحالات التي يستعين بها المقاول بالغير سواء كان هذا الغير مقاولا فرعيا، أم عاملا، أم مساعدا أو حتى ممثلا للمقاول الأصلي.

ولكن هل مسؤولية المقاول عن هؤلاء الأشخاص هي مسؤولية عقدية، أم هي مسؤولية تقصيرية بوصفها تمثل أحد تطبيقات مسؤولية المتبوع عن عمل التابع؟

لقد اعتبر جانب من الفقه أن مسؤولية المقاول عن فعل الإخلال الصادر عن الأشخاص الذين يستعين بهم لتنفيذ التزامه العقدي (فيما يتعلق بالأعوانو المساعدين) مسؤولية تقصيرية عن فعل الغير، وليست عقدية عن فعل الغير، إذ يعد هؤلاء الأشخاص تابعين للمقاول، وبالتالي يكون مسؤولا عنهم وفقا للقواعد الخاصة بمسؤولية المتبوع عن التابع المنصوص عنها بموجب المادة 136 ق.م.ج<sup>(2)</sup>. إلا أن هذا الرأي لا يمكن القبول به، لاسيما إذا علمنا أنه لكي تقوم المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير طبقا لنص المادة 136 ق.م.ج، لابد من توافر جملة من

(1) - تنص المادة 564 ق.م.ج : "يجوز للمقاول أن يوكل تنفيذ العمل في جملته أو في جزء منه إلى مقاول فرعي إذا لم يمنعه من ذلك شرط في العقد أو لم تكن طبيعة العمل تفترض الاعتماد على كفاءته الشخصية. ولكن يبقى في هذه الحالة مسؤولا عن المقاول الفرعي تجاه رب العمل".

(2) - تنص المادة 136 ق.م.ج على أنه : "يكون المتبوع مسؤولا عن الضرر الذي يحدثه تابعه بفعله الضار متى كان واقعا منه في حال تأدية وظيفة أو بسببها أو بمناسبةها وتحقق علاقة التبعية، ولو لم يكن المتبوع حرا في اختيار تابعه متى كان هذا الأخير يعمل لحساب المتبوع".

الشروط<sup>(1)</sup>. وهذه الشروط غير متحققة في هذه الحالة، كذلك من جهة أخرى، فإن المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير لا تنثار إلا في الحالات التي يصدر فيها فعل ضار عن التابع يلحق الضرر بالغير، وأن يتعلق هذا الفعل بالإخلال بالواجب العام المتمثل بعدم الإضرار بالغير، ومن ناحية ثانية، نجد أن من شروط تطبيق أحكام المتبوع عن عمل التابع قيام العلاقة التبعية ما بين المتبوع والتابع، أي لا بد من أن يكون التابع خاضعا لإشراف المتبوع المباشر وتوجيهه أثناء قيامه بأداء عمله، وصدر عنه فعل ضار أثناء قيامه بذلك.

فهذا الشرط وإن تحقق في بعض المواضع في حالة إذا استعان المقاول بالعمال والمساعدین، فيكونون خاضعين لإشرافه وتوجيهاته بصفة مباشرة، غير أن لا تنطبق في جميع الصور، كما هو الحال حالة المقاولة الفرعية، فالمقاول الفرعي لا يكون خاضعا لتوجيهات وإشراف المقاول الأصلي، وإنما يكون ملتزم بتوجيهات المقاول الأصلي في حدود عقد المقاولة المبرم بينهما فقط.

(1) - لدراسة مسؤولية المقاول عن أتباعه، أنظر الفصل الثاني (المسؤولية التقصيرية للمقاول والمهندس المعماري).

المبحث الثاني: نطاق المسؤولية العقدية للمقاول و المهندس المعماري

يتحدد نطاق مسؤولية المقاول والمهندس المعماري على الفعل الشخصي أساس ركيزتين أو شرطين إثنين:  
الأولى: هي ضرورة وجود عقد مقاوله صحيح قائم بين المقاول أو المهندس المعماري مع رب العمل ؛  
الثانية: إخلال بأحد إلتزامات الرابطة العقدية.

كما يتحدد نطاق مسؤولية المقاول أو المهندس المعماري العقدية على فعل الغير كذلك على ركيزتين

وهي:

الأولى: إخلال بعقد مقاوله صحيح يربط ما بين المقاول أو المهندس المعماري وبين رب العمل،  
الثانية: هي أن فعل الإخلال هذا لم يكن صادراً عن شخص المقاول نفسه أو المهندس المعماري ،  
وإنما كان نتيجة فعل صدر عن أشخاص إستعان في تنفيذ إلتزامه العقدي.

المطلب الاول :شروط قيام المسؤولية العقدية :

لكي تقوم المسؤولية العقدية المعمارية ، لابد من توافر شرطين .

الاول :ضرورة وجود عقد صحيح قائم بين المقاول أو المهندس المعماري وبين رب العمل  
الثاني :يتمثل في إخلال بالتزام من الإلتزامات الملقاة على عاتق المقاول أو المهندس المعماري  
وهذا ما سوف نتطرق إليه في هذا المطلب .

الفرع الاول :الشرط الاول : ضرورة وجود عقد مقاولة صحيح بين المقاول أو المهندس و بين

رب العمل

لكي تتحقق المسؤولية العقدية لكل من المقاول والمهندس المعماري، لابد من وجود علاقة عقدية بينهما وبين رب العمل، وأن يكون هذا العقد صحيحا، أي لم تختل أحد أركانه فإذا تخلف أحد أركانه، يعني انعدام العقد، وبالتالي لا يمكن قيام مسؤولية عقدية.

لقد رأينا سابقا أن العقد المبرم بين المقاول أوالمهندس المعماري ورب العمل هو عقد مقاولة طبقا لنص المادة 549 ق.م.ج، ونظر الأهمية هذا العقد (مقاولة) فإنه يتعين دراسة أركان عقد المقاولة، وهي : التراضي -المحل- السبب.

**البند 1: التراضي في عقد المقاولة :**

الرضا أو التراضي هو توافق إرادتين أو أكثر على إبرام العقد، والغالب أن تكون مصلحة كل من هذين الشخصين متعارضة مع مصلحة الآخر، غير أنه قد تتفق مصلحة كل متعاقد مع مصلحة المتعاقد الآخر، ويبدو ذلك بصفة واضحة في عقد المقاولة وعقد الشركة<sup>(1)</sup>.  
فقد نصّ المشرع الجزائري على ركن التراضي في المادة 59 ق.م.ج بقوله : "يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية".  
إن التراضي كركن أساسي في عقد مقاولة البناء، يستدعي تطابق الإيجاب والقبول (أولاً)، وأن يكون التراضي سليماً من عيوب الإرادة (ثانياً).

**1) شروط الانعقاد في التراضي:**

**أولاً : تطابق الإيجاب والقبول**

حتى تنعقد المقاولة لابد من تطابق الإيجاب والقبول على عناصرها، ويكون ذلك إما عن طريق الممارسة، أو عن طريق المسابقة، كما يتم ذلك عن طريق طلب تقديم عطاءات أو ما يسمى بالمناقصة.

**1. التراضي عن طريق الممارسة :**

قد تبرم المقاولة بالطريق العادي لإبرام العقد، بأن يطلب رب العمل من مقاول أن يقوم بإنجاز عمل معين لحسابه فيقبل المقاول ذلك، وقد يكون المقاول هو من بادر بالإيجاب وقبل رب العمل إيجابه، والغالب بالنسبة للمقاولات الهامة أن يسبق إبرام العقد مرحلة يتفاوض فيها الطرفان على شروطه وأوصافه، حتى إذا ما تقابلت إرادتهما، أبرم العقد، ويطلق على هذه الطريقة من طرق إبرام العقود "بالتعاقد بالممارسة"<sup>(2)</sup>.  
والأصل أن المفاوضات لا ترتب أثراً قانونياً، فلا يلتزم أي من طرفيها بالمضي فيها حتى يتم إبرام العقد، بل يجوز لكل منهما أن يقطعاً في أي وقت أو يصرف النظر عن التعاقد مع الطرف الآخر في المفاوضات دون أن يلتزم بتعويضه<sup>(3)</sup>.

(1) - د. قدرى الشهاوي، عقد المقاولة في التشريع المصري والمقارن، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، سنة 2002، ص 49.

(2) - د. لبيب شنب، المرجع السابق، ص 87.

(3) - د. لبيب شنب، المرجع السابق، ص 87-88.

على أن عقد المقاولة قبل إبرامه قد تسبقه مقايضة يتقدم بها المقاول، وتصميم يتقدم به المهندس، واتفاق رب العمل مع المقاول على أن يقدم له مقايضة، لا يعني أنه ارتبط. ثانياً بعقد مقاولة يقوم على هذه المقايضة، بل يستطيع رب العمل بعد أن تقدم له المقايضة ألا يقبل إبرام عقد المقاولة، إما لأن المقايضة لا ترضيه، وإما لأنه قد عدل عن المشروع الذي كان يعتزم تنفيذه، وإما لغير ذلك من الأسباب بل هو لا يكون مسؤولاً عن تعويض المقاول عما أنفقته من وقت وجهد في عمل المقايضة ما لم يتفق معه على غير ذلك<sup>(1)</sup>.

ولكن المسألة تدق بعض الشيء إذا كان عمل المقايضة أو وضع التصميم قد تم بناء على طب العميل (رب العمل)، فرغم أنه من المسلم أنه لا يجوز إجبار العميل على إبرام المقاولة وتنفيذ المقايضة أو التصميم، فقد تار التساؤل حول حق كل من المقاول والمهندس المعماري في الحصول على تعويض عن النفقات التي بذلها في سبيل العمل الذي قدمه<sup>(2)</sup>.

يبدو أن الرأي الغالب يميل إلى التمييز بين مركز كل من مقاول البناء والمهندس المعماري.

- فبالنسبة لمقاول البناء المحترف: لا يجوز له إذا رفض رب العمل المقايضة، أن يطلب بتعويض عن النفقات، حتى ولو طلبها منه ذلك رب العمل وأساس هذا الرأي، أن المقاول تاجر وأنه يدخل في حساب نفقاته العامة، مصروفات المقايضات التي يقدمها ولا تنتهي إلى تعاقد، وهذه النفقات العامة يراعيها في التعاقد مع من يتعاقد معه من عملائه<sup>(3)</sup>.

- إذا اقتزن قطع المفاوضات بخطأ من العميل (رب العمل) أو تم تعسفاً منه فإنه يكون مسؤولاً تقصيرياً عن تعويض المقاول والمهندس عن الضرر الذي أصابه.

كذلك إذا اتفق رب العمل مع المهندس على أن يضع له تصميمًا. فوضع التصميم لا يقيد رب العمل ولا يلزمه بإبرام عقد المقاولة، ولكن التصميم في ذاته عمل في ذو قيمة ويتكلف جهداً ووقتاً، بل إن اتفاق رب العمل مع المهندس على وضع التصميم هو في ذاته عقد مقاولة يرد على التصميم، ويمهد لعقد المقاولة الأصلي<sup>(4)</sup>. فإذا عدل رب العمل عن إبرام المقاولة بعد وضع التصميم ووجب عليه أن يدفع للمهندس أجراً على التصميم الذي وضعه أما في حالة عدم وجوب اتفاق، فيرجع في تقدير الأجر إلى العرف الجاري<sup>(5)</sup>.

(1) - د. فتيحة قرّة، أحكام عقد المقاولة، منشأة المعارف، الإسكندرية، سنة 1987، ص 84.

(2) - د. لبيب شنب، المرجع السابق، ص 88.

(3) - د. لبيب شنب، المرجع السابق، ص 88.

(4) - د. فتيحة قرّة، المرجع السابق، ص 84.

(5) - د. فتيحة قرّة، المرجع السابق، ص 84-85.

إن موقف المشرع بخصوص هذه المسألة، طبقاً لنص المادة 63 ق.م.ج<sup>(1)</sup> التي تقضي بأن يستحق المهندس المعماري أجراً مستقلاً عن وضع التصميم وعمل المقايسة وآخر عن إدارة الأعمال، وعليه نستشف من مضمون هذه المادة أن المهندس يستحق الأجر عن وضع التصميم أو عمل المقايسة بغض النظر عن إبرام عقد المفاوضة من عدمه.

## 2- التعاقد بطريقة المسابقة (concour) :

لقد رأينا سابقاً، أننا كنا نفترض أن رب العمل تعاقد مع المقاول عن طريق الممارسة، فاختار بذلك مقاولاً يراه هو مناسباً لتنفيذ المشروع، ولكن يقع كثيراً أن يعتمد رب العمل إلى إبرام عقد مفاوضة عن طريق المسابقة (concour) والتي يدعو فيها رب العمل عن طريق الإعلان، كل من يريد الدخول إلى المسابقة لوضع تصميم للعمل المطلوب بحيث يعين هذا العمل تعييناً كافياً<sup>(2)</sup> وحينها يعين رب العمل عادة لجنة فنية يوكل فيها فحص التصميمات المقدمة في المسابقة لاختيار أفضلها، مع تحديد جائزة للفائز من المتسابقين - وقد تكون الجائزة هي التعاقد مع صاحب أفضل تصميم - على تنفيذه بالشروط التي سبق ذكرها في الإعلان.

وقد يذكر رب العمل في إعلان المسابقة أنه غير ملزم بإبرام عقد المفاوضة مع الفائز، ولكنه فقط يعين جائزة للفائز في المسابقة كمكافأة على جهده، أما إذا لم يحتفظ رب العمل على التزامه بالتعاقد مع الفائز، فإنه يكون ملزماً بالتعاقد معه.

ويعتبر إعلان المسابقة دعوة إلى التعاقد ولا يعتبر إيجاباً، أي إيجاب معلق على شرط فوز المتسابق فيها، فإذا ما فاز كان هذا إيجاباً باتاً ووجب أن يتصل به قبولا من رب العمل، ورب العمل هنا ملزم بالقبول إلا إذا قامت أسباب مشروعة من التعاقد، فحينئذ يعرض الفائز تعويضاً عادلاً عن جهده ووقته، هذا إذا لم يكن قد نال جائزة طبقاً لشروط المسابقة<sup>(3)</sup>.

أما إذا لم يكن هناك أسباب معقولة لعدم التعاقد، فإنه يجب أن يعرض الفائز تعويضاً كاملاً عما أصابه من ضرر بسبب ذلك، ويجوز أن يكون التعويض عينياً فيعتبر القاضي أن عقد المفاوضة قد تم، وعند ذلك إذا لم يقوم رب العمل بتنفيذ التزاماته سرت أحكام المادة 566 ق.م.ج، فيعوض المقاول عن جميع ما أنفقته من المصروفات وما أنجزه من الأعمال في وضع التصميم، وما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل الذي وضع التصميم من أجله.

(1) - تنص المادة 563 ق.م.ج : "يستحق المهندس المعماري أجراً مستقلاً عن وضع التصميم وعمل المقايسة وآخر عن إدارة الأعمال....".

(2) - د. فيحة قرّة المرجع السابق، ص 86.

(3) - د. فتحة قرّة، المرجع السابق، ص 86.

### 3- طلب تقديم عطاءات :

وفيها قد يلجأ رب العمل الذي يريد إنجاز عمل كبير القيمة بواسطة الغير، إلى طلب تقديم عطاءات إليه soumission، يحدد الأجر الذي يطلبه الغير في مقابل القيام ذا العمل، ويتم تقديم هذه العطاءات إما في مناقصة علنية، يتقدم فيها المتسابقون، وترسو المناقصة على من يقدم أقل عطاء مع إعطاء التأمينات الكافية<sup>(1)</sup> والتقدم إلى المناقصة بعطاء يعتبر إيجاباً، وإرساء المناقصة على من قدم أقل عطاء يعتبر هو القبول، فيتم عقد المفاوضة برسو المناقصة(المادة 69 ق.م.ج) ، وإما أن تكون المناقصة عن طريق تقديم عطاءات (soumissions) في مظاريف مختومة enveloppes cachetées وفي اليوم المحدد تفتح هذه المظاريف وترسو المناقصة على من قدم أقل عطاء مع تقديمه التأمينات الكافية طبقاً لدتر الشروط.

وقد يحتفظ رب العمل لنفسه صراحة في رفض أي عطاء ولو كان هو الأقل قيمة من بين العطاءات المقدمة، دون أن يكون ملزماً بتبرير رفضه، مما يجعله في هذه الحالة، غير ملزم بأن يتعاقد مع مقدم العطاء الأقل قيمة، أما إذا لم يحتفظ رب العمل لدا الحق، فإن الرأي الغالب في الفقه يذهب إلى القول بأن رب العمل يكون ملزماً بالتعاقد مع مقدم العطاء الأقل قيمة، وذلك رغم أن عمل المناقصة لا يعتبر إيجاباً بالتعاقد من جانب رب العمل، إذ لا يعدو أن يكون مجرد دعوة إلى التعاقد عن طريق التقدم بعطاء، والتقدم بعطاء هو الذي يعتبر إيجاباً، أما القبول فلا يتم إلا بقبول العطاء الأقل قيمة.

### 2) شروط الصحة(صحة التراضي) :

شروط صحة المفاوضة هي شروط صحة أي عقد آخر وهي، ضرورة توافر الأهلية الواجبة، وكذلك سلامة التراضي من عيوب الإرادة. فإذا كان التراضي صادراً من ناقص أهلية أو كان معيباً بعيب من عيوب الإرادة كانت المفاوضة قابلة للإبطال، فإذا أُبطلت اعتبرت كأن لم تكن، ويصفي مركزي رب العمل والمفاوض طبقاً لقواعد الإثراء بلا سبب، وسوف نتكلم في هذين المسألتين اللتين تتضمنهما شروط الصحة :

1- الأهلية في المفاوضة.

2- عيوب الرضا في المفاوضة.

(1) - د. فتيحة قرّة، المرجع السابق، ص86، د. لبيب شنب، المرجع السابق، ص92.

## I (أهلية في عقد المقاولة :

للتعرف على الأهلية لابد أن نتطرق إلى أهلية كل من رب العمل (أ)، ثم ندرس أهلية المقاول والمهندس المعماري (ب).

### (أ) أهلية رب العمل :

فالأهلية هنا تتحدد ما إذا كنا بصدد أعمال التصرف أو أعمال الإدارة.

### 1- أعمال التصرف :

يلتزم رب العمل بدفع الأجرة، فتكون المقاولة بالنسبة إليه من أعمال التصرف، وفي هذه الحالة - يجب توافر رب العمل على أهلية التصرف - أي يجب أن يكون قد بلغ سن الرشد<sup>(1)</sup> غير محكوم باستمرار الولاية عليه، فالقاصر أو المحجور عليه لسفه أو لغفلة ولو كان مأذوناً له في الإدارة ليس أهلاً لإبرام عقد المقاولة بصفته رب العمل<sup>(2)</sup>.

### 2- أعمال الإدارة :

قد تكون المقاولة من جانب رب العمل من أعمال الإدارة، كالاتجار من جانب المستأجر، فالعقد الذي يبرمه رب العمل مع المقاول لترميم منزله، تعتبر من أعمال الإدارة، يكفي أن يتوافر في جانب رب العمل أهلية الإدلة. ومن ثم يجوز للقاصر أو المحجور عليه لسفه أو لغفلة المأذون له بإبرام أعمال الإدارة أن يبرم عقد مقاولة على هذه الأعمال بصفته رب عمل<sup>(3)</sup>.

## ب) أهلية المقاول والمهندس المعماري :

المقاولة من جانب المقاول تعتبر من أعمال التصرف، فهو إذا التزم بتقديم المادة مع العمل، فإنه يتصرف في المادة ويكون بمثابة البائع لها، حتى ولو التزم بتقديم العمل وحده دون المادة، فهو مضارب بعمله معرض للربح والخسارة، ويصبح مسؤولاً بموجب عقد المقاولة عن تعويض رب العمل عما يلحقه من أضرار، فتعاقدته إذن يدور بين

(1) - سن الرشد في ق.م.ج 40 سنة كاملة طبقاً لنص المادة 40 ق.م.ج تنص: "كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية، ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية".

(2) - د. فتيحة قرّة، المرجع السابق، ص 88.

(3) - د. فتيحة قرّة، المرجع السابق، ص 88.

النفع والضرر، ومن ثم يجب في الأصل أن تتوفر في المقاول أهلية التصرف، بأن يكون بالغاً سن الرشد 19 سنة كاملة طبقاً لنص المادة 40 ق.م.ج.

إن المقاول طبقاً لنص المادة 19 من القانون 04/11 يعتبر تاجراً وكذلك نجد المادة 2 ق.ت.ج التي تعتبر مقاولات البناء أعمالاً تجارية، فحتى يكتسب القاصر صفة التاجر ومن ثم مقاول لا بد أن يكون قاصر مرشد طبقاً لنص المادة 5 ق.م.ج التي تنص: "لا يجوز للقاصر المرشد ذكراً أو أنثى البالغ من العمر 18 سنة كاملة والذي يريد مواصلة التجارة أن يبدأ في العمليات التجارية، كما لا يمكن اعتباره راشداً بالنسبة للتعهدات التي يبرمها عن أعمال تجارية:

- إذا لم يكن قد حصل مسبقاً على إذن والده أو أمه أو على قرار من مجلس العائلة مصادق عليه من المحكمة، فإذا كان والده متوفياً أو غائباً أو سقطت عنه سلطته الأبوية أو استحال عليه مباشرة أو في حالة انعدام الأب أو الأم.

- ويجب أن يقدم الإذن الكتابي دعماً لطلب التسجيل في السجل التجاري".

كذلك الأمر بالنسبة للمهندس المعماري فإن المقاولة تعتبر بالنسبة له من أعمال التصرف، فيتعين عليه أي يكون متمتعاً بأهلية التصرف، أي أن يكون بالغاً سن الرشد الذي هو 19 سنة، وفضلاً عن ذلك يجب أن تتوفر فيه الشروط القانونية لممارسة مهنة المهندس المعماري، طبقاً للمرسوم التشريعي 07/94 في نص المادة 15 منه تنص: "لا يجوز لأي شخص أن يتتبع بصفة المهندس المعماري... إذا لم يكن مسجلاً في الجدول الوطني للمهندسين المعماريين... " وكذلك المادة 19 من نفس المرسوم والمادة 20 منه.

## II) خلو التراخي من عيوب الإرادة:

عيوب الإرادة التي ذكرها المشرع الجزائري في القانون المدني الجزائري هي: الغلط، التدليس، الإكراه والاستغلال، فإذا شاب إرادة كل من المقاول أو المهندس أو رب العمل عيب من العيوب الثلاثة، كان العقد موقوفاً على إجازة من تقرر الوقف لمصلحته، فله أن يبيح العقد أو ينقضه خلال خمس سنوات من الوقت الذي يتبين فيه الغلط أو ينكشف فيه التدليس أو يرتفع فيه الإكراه مع ملاحظة أنه لا يجوز التمسك بإبطال العقد إذا مرت عشر سنوات منذ إبرام العقد طبقاً لنص المادة 101 ق.م.ج إذا تعلق الأمر لغلط أو تدليس أو إكراه.

أما عيب الاستغلال فإنه لا يمنع من نفاذ العقد، ولكنه يجوز للمتعاقد المغبون أن يطالب برفع الغبن عنه إلى الحد المعقول خلال مدة سنة من تاريخ إبرام العقد، تطبيقاً لنص المادة 2/90 ق.م.ج التي تنص: "ويجب أن ترفع الدعوى خلال سنة من تاريخ العقد، وإلا كانت غير مقبولة".

إلا أن الغلط في عقد المقاولة له تطبيقات عملية لا تخلو من الأهمية، لاسيما الغلط في شخص المقاول، أو الغلط في الحساب.

– الغلط في شخص المقاول :

إذا كانت شخصية المقاول محل اعتبار عند رب العمل، مثلاً في مقاولات للإنشاءات الكبيرة، فإن رب العمل يتوخى دائماً أن يكون المقاول موثقاً به، ويُعتمد على كفاءته وأمانته، وقد أشارت المادة 564 ق.م.ج : "يجوز للمقاول أن يوكل تنفيذ العمل في جملته أو في جزء منه إلى مقاول فردي إذا لم يمنعه من ذلك شرط في العقد أو لم تكن طبيعة العمل تفرض الاعتماد على كفاءته الشخصية".

كما تنص المادة 569 ق.م.ج على أنه : "ينقض عقد المقاولة بموت المقاول إذا أُخذت بعين الاعتبار مؤهلاته الشخصية وقت التعاقد....".

فإذا كان شخص المقاول محل اعتبار في العقد يكون الغلط فيه سبباً لقبالية عقد المقاولة للإبطال<sup>(1)</sup>.

– الغلط في الحساب :

تنص المادة 84 ق.م.ج : "لا يؤثر في صحة العقد مجرد الغلط في الحساب ولا غلطات القلم ولكن يجب تصحيح الغلط".

إن الغلط في الحساب يقع في بعض الأحيان في عقود المقاولات، ففي المقايسة التي يقدمها المقاول، قد يغلط المقاول في الحساب، كأن يذكر مثلاً سعر المتر المكعب في إحدى عمليات البناء وعدد الأمتار، وعندما يضرب سعر المتر في عدد الأمتار يغلط في الحساب إلى أعلى لمصلحته أو إلى أدنى لمصلحة رب العمل، ففي كلتا الحالتين تكون المقاولة صحيحة، وإنما يصحح الحساب فقط<sup>(2)</sup>.

(1) - د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ج7، ص53.

(2) - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ج7، ص54.

البند 2: المحل :

- المحل في عقد المقاولة مزدوج، فالمحل في عقد المقاولة ينصرف إلى :
- أ- التزامات المقاول بالعمل الذي تم التعاقد بشأنه مع رب العمل.
- ب- التزامات رب العمل بسداد الأجر الذي تعهد به المقاول.

أولا : العمل

لم ترد نصوص خاصة تُنظم العمل باعتباره ركن في عقد المقاولة وإنما يخضع للقواعد العامة سواء فيما يتعلق بالشروط الواجب توافرها أو فيما يتعلق بأنواع العمل.

-1- أن يكون العمل ممكنا :

لأنه لا التزام بمستحيل، فقد نصت المادة 93 من ق.م.ج : "إذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته ... كان باطلا بطلان مطلقا" والمقصود بالاستحالة هي الاستحالة المطلقة، لا أن يكون مستحيلا بالنسبة للمقاول، أما إذا كانت الاستحالة مطلقة كأن يتعهد المقاول بعمل يكون قد تمّ قبل التعاقد، مثلا يتعهد مقاول بحفر أساس للبناء، في حين كان أساس هذه البناية قد تم حفره، أو كأن يتعهد المقاول ببناء شيء على أساس مواصفات جيدة، في حين يستعمل في ذلك مواد فاسدة ومن النوع الرديء، وهذا أمر مستحيل من الناحية العملية<sup>(1)</sup>.

غير أنه يجوز أن يكون محل المقاولة شيئا مستقبليا طلبا لنص المادة 92 ق.م.ج : "يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا ومحققا...". ، ومثال ذلك أنه لا يشترط وجود الأرض محل البناء يوم العقد، وإنما يجوز أن تكون الأرض موجودة في المستقبل، بشرط أن يكون ذلك ممكنا، وإلا بطلت المقاولة.

(1) - د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ج7، ص55-56.

2- أن يكون العمل معينا أو قابلا للتعين :

طبقا لنص المادة 94 ق.م.ج<sup>(1)</sup>، ويكون ذلك إذا ذكرت طبيعته وأوصافه و يبين ذلك تبينا كافيا، بحيث يتعين العمل ولا يدخل في ذلك لبس أو غموض، فإذا كان التعاقد على بناء، كان تعيينه عادة بوضع تصميمات له (plans) وهي الرسوم التي يضعها المهندس المعماري من مشروع ابتدائي (avant projets) ورسوم تفصيلية، ويقترن بالتصميمات دفتر الشروط (cahier des charges) لبيان الأعمال المطلوبة وشروط تنفيذها، ويقترن بالتصميمات ودفتر الشروط المقياسة (devis)، وتبين مقاسات البناء ومقدار المواد وصفا... بحيث يستخلص من هذه القائمة تكاليف عمليات البناء المفصلة في المقياسة الوصفية، وهذه الوثائق تلحق بعقد المقاول ذاته، وهو الذي يتضمن الاتفاق الحاصل بين رب العمل والمقاول بجميع عناصره، كما يشمل على شروط التنفيذ من مدة الإنجاز وجزاءات المخالفة، والأقساط المؤقتة وطريقة تسوية النزاعات أو قبول التحكيم<sup>(2)</sup>. أما إذا لم يكن معينا على الأقل يجب أن يكون قابلا للتعين فيصبح إبرام عقد مقاول لبناء مدرسة تشمل على عدد معين من الأقسام، وكل قسم يسع لعدد معين من التلاميذ مع المرافق اللازمة لمثل هذه المدرسة<sup>(3)</sup>.

3- أن يكون العمل مشروعاً :

فإذا كان غير مشروع بأن كان مخالفا للقانون أو النظام العام أو الآداب العامة، كانت المقاول باطلة، وهذا طبقا لنص المادة 93 ق.م.ج<sup>(4)</sup>، فلا يجوز الاتفاق على تشييد منزل للدعارة أو القمار، كما يجوز الاتفاق على بناء عمارة بدون رخصة بناء.

ثانيا : الأجر

محل التزام رب العمل هو الأجر الذي يلتزم بسداده للمقاول، ويشترط فيه طبقا للقواعد العامة أن يكون موجودا، ومعينا أو قابلا للتعين، ومشروعاً، وعليه لا بد من وجود الأجر في عقد المقاول وإلا كان العقد من عقود التبرع فلا يعتبر مقاولاً، ويكون بذلك عقدا غير رسمي ويلاحظ أن الأجر، وإن كان ركنا في المقاول، إلا أنه لا يشترط ذكره في العقد ولا أن يحدده المتعاقدان، فإذا لم يحدده تكفل القانون بتحديدده<sup>(5)</sup>.

(1) - تنص المادة 94 ق.م.ج : "إذا لم يكن محل الالتزام معينا بذاته، وجب أن يكون معينا بنوعه ومقداره وإلا كان العقد باطلا".

(2) - . فتيحة قره، المرجع السابق، ص97-98

(3) - د. فتيحة قره، المرجع السابق، ص98.

(4) - تنص المادة 93 ق.م.ج : "إذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته أو مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة، كان باطلا بطلانا مطلقا.

(5) - د. فتيحة قره، المرجع السابق، ص101.

كما يجب أن يكون الأجر مشروعاً أو مما يجوز التعامل فيه وفقاً لنص المادة 93 ق.م.ج لذلك لا يجوز لرب العمل أن يتعهد بتقديم كمية من المخدرات إلى المقاول كمقابل للعمل الذي أنجزه.

### 1- جنس الأجر :

الأصل أن يكون الأجر نقوداً، ويكون إما بالتقسيط أو جملة واحدة عند تمام العمل أو عند البدء فيه، ولكن لا شيء يمنع من أن يكون الأجر غير نقود كأسهم أو سندات أو غير ذلك في المال المنقول أو العقار<sup>(1)</sup>.

### 2- تقدير الأجر :

الأصل أن المتعاقدين هما المخولان بتحديد الأجر، ويكون ذلك بطريقتين (الأولى عن طريق الأجر الإجمالي، والثانية على أساس الوحدة)، غير أنه قد يتحدد بواسطة القانون.

### الطريقة الأولى : الأجر الإجمالي

قد يلجأ رب العمل إلى طريقة الأجر الإجمالي أو الجزائي فيتفق المقاول مع رب العمل على مبلغ إجمالي يقدر مقدماً عند إبرام المقاولة، وميزة تلك الطريقة أن رب العمل يعرف مسبقاً مقدار الأجر الذي سوف يلتزم بسداده ولكن يعيب على هذا الأسلوب من التعامل أن المقاول يسعى جاهداً إلى الاقتصاد في التكاليف ليضحي بربحه أكبر قدرًا وبالطبع ينعكس ذلك على جودة الربح<sup>(2)</sup>، غير أنه قد يحدث أن ترتفع الأسعار أثناء تنفيذ المقاولة، فيتحمل المقاول ذلك، مع الأخذ في الاعتبار حالة الظروف الطارئة، عند ذلك تنظر المحكمة في إعادة التوازن الاقتصادي للمقاول.

الثانية : وفيه يتحدد الأجر بواسطة المتعاقدين على أساس الوحدة ويتخذ صورتين :

### 1- تحديد الأجر عن طريق المقايسة :

وهذا يستوجب عمل مقايسة يوضح لكافة الأعمال المطلوبة تفصيلاً والمواد اللازمة وأسعارها، والأجر الواجب دفعه، وعدد الأمتار، وسعر المتر، وعدد النوافذ، وسعر المتر... إلخ.

(1) - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ج7، ص60.

(2) - د. قدرى عبد الفتاح الشهاوي، المرجع السابق، ص78.

## 2- تحديد الأجر على أساس فئات الأثمان :

فقد جرى العرف في مقاولات المباني على تحديد ثمن لكل نوع من الأعمال اللازمة لإقامة البناء، فهناك سعر لمتر البناء وسعر للنجارة، وسعر للدهانات، وسعر لنقل الأتربة وسعر للأعمال الصحية... إلخ. وهذه التعريفات تسمى فئات الاثمان (série des prix) وعندما يتم المقاول الأعمال، تقدر على الطبيعة وتعرف كميات كل منها، ثم يرجع إلى فئات الأثمان المتقدم ذكرها لمعرفة أجر كل عمل وبمجموع أجر المقاول<sup>(1)</sup>. إن هذه الطريقة أكثر فائدة من طريقة المقايسة في ترك الأجر غير معروف المقدار إلى اية تمام الأعمال، عكس طريقة فئات، الأثمان، فليس هناك إلا التخمين ولا يمكن التثبيت من مقدار الأجر إلا بعد انتهاء العمل.

### الطريقة الثانية : تحديد الأجر بواسطة القانون

إذا لم يتفق المتعاقدان على أجر المقاول صراحة ولا ضمناً، ولم يتضمن العقد ما يسمح بتحديد هذا الأجر في المستقبل، فإن المقاول تنعقد سواء كان إغفال هذا التحديد سهواً منهما أو عن عمد، فعدم تحديد المتعاقدين للأجر لا يبطل عقد المقاول<sup>(2)</sup>. فقد نصت المادة 562 ق.م.ج : "إذا لم يحدد الأجر سلفاً وجب الرجوع في تحديده إلى قيمة العمل ونفقات المقاول".

- إذا لم يحدد الطرفان الأجر عند إبرام العقد يستطيعان تحديده بعد ذلك إذا اختلف المتعاقدان بعد إبرام العقد وإتمام العمل حول الأجر، فيستطيعان اللجوء إلى القضاء طبقاً لنص المادة السابقة وعلى القاضي أن يراعي العناصر الآتية :

- طبيعة العمل : ما إذا كان معقداً أو بسيطاً، صعباً في تنفيذه أم سهلاً، الأخطار والمسؤوليات، مدى الخبرة والمهارة التي يتطلبها.
- كمية العمل.
- الوقت الذي استغرقه العمل.
- مكان العمل ومدى قربه أو بعده عن العمران والمواصلات.
- أثمان المواد المستعملة وأجور العمال.
- مؤهلات المقاول.

كما على القاضي أن يستهدي عند تحديده للأجر بالعادات الجارية لمن يزاولون حرفة أو مهنة

مقاول<sup>(3)</sup>.

(1) - د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ج7، ص61.

(2) - د. لبيب شنب، المرجع السابق، ص83.

(3) - د. لبيب شنب، المرجع السابق، ص83.

وفيما يتعلق بأجر المهندس، فقد نصّت المادة 563 ق.م.ج : "يستحق المهندس المعماري أجرا مستقلا عن وضع التصميم وعمل المقايسة وآخر عن إدارة الأعمال، وتحدد الأجرة وفقا للعقد".

من خلال هذه المادة، المشرع الجزائري لم يوضح لنا حالة عدم الاتفاق على الأجر في العقد، غير أنه بالرجوع إلى نص المادة 21 من المرسوم التشريعي 07/94 المؤرخ في 18/05/1994 المتعلق بشروط الإنتاج المعماري وممارسة مهنة المهندس المعماري، التي تحيلنا في مسألة تحديد الأجر إلى قانون الواجبات المهنية في القواعد المتعلقة بأتعاب المهندسين المعماريين.

**البند 3: السبب في عقد المساولة :**

سبب العقد هو الباعث أو الدافع الرئيسي الذي يحمل الشخص على قبول التعاقد، وسبب العقد يقاس بمعيار شخصي فهو يختلف من شخص إلى آخر باختلاف طوائف وأنواع العقود التي يتم عقدها. ويجب أن يكون السبب مشروعاً، فإذا انتفت مشروعية السبب يكون العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً، ولقد نصّ المشرع الجزائري على هذا في المادة 97 ق.م.ج والمقابلة لنص المادة 136 مديني مصري، بقوله : "إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلاً".

لقد أثار الفقه إشكالية تتمثل في حالة المشروعية هل يشترط اتصال الباعث غير مشروع بالمتعاقد الآخر لتقرير البطلان أم لا ؟ ومعنى ذلك أنه إذا كان الباعث الذي دفع كل متعاقد إلى إبرام العقد باعثاً غير مشروع، فإن العقد يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً، ولكن ماذا لو حدث وكان باعث أحد المتعاقدين على إبرام العقد غير مشروع، في حين كان باعث المتعاقد الآخر مشروعاً ؟ وكان سبب رب العمل من البناء هو إقامة بيت للدعارة أو للقمار.

لقد ذهب الرأي الراجح في الفقه إلى أنه لا يكفي لبطلان العقد أن يكون باعث أحد المتعاقدين غير مشروع، بل يجب أن يتصل الباعث بالمتعاقد الآخر وذلك محافظة على استقرار المعاملات وحماية للمتعاقد حسن النية الذي لم يعلم وقت إبرام العقد بوجود باعث غير مشروع لدى المتعاقد<sup>(1)</sup> الآخر.

(1) - د. قدرى الشهاوي ، المرجع السابق ، ص 60 وما بعدها.

الفرع الثاني: الشرط الثاني: الإخلال بالتزام عقدي نتج عنه ضرر :

ومعنى هذا يجب أن يكون الضرر ناتجا عن الإخلال بتنفيذ الالتزام التعاقدى، ولا فرق في ذلك بأن يكون التزام رئيسي، وآخر ثانوي، ولا بين التزام فرضته نصوص تكميلية أو التزام ناتج عن بنود العقد، فالإخلال بالالتزام هو الخطأ العقدي بحد ذاته.

إن عقد المقاولة هو المرجع في تحديد التزامات كل من المهندس المعماري والمقاول في مواجهة رب العمل. ولما كان رب العمل يرتبط بكل من المقاول والمهندس المعماري بعقد منفصل، كان لابد علينا أن نفرص بين التزام المقاول (البند 1) ثم التزام المهندس المعماري ( البند 2).

**البند 1: التزامات المقاول :**

حتى يقوم المقاول بتنفيذ التزاماته من إنجاز العمل، يجب عليه أن ينجزه بالطريقة الواجبة، وأن يبذل في إنجازها العناية اللازمة بالطريقة التي تتفق مع أصول الفن والصناعة، سواء قدم المادة من عنده أو قدمها له رب العمل، فيكون مسؤولا عن خطئه وعن خطئى تابعية وعليه أخيرا أن ينجز العمل في المدة المتفق عليها أو المدة المعقولة، على أن التزامات المقاول لا تقتصر على ما تقدم، بل قد يلتزم بالتزامات أخرى ينص عليها صراحة في عقد المقاولة، ولا يمكن حصر هذه الالتزامات على اعتبار أن مبدأ سلطان الإرادة يجيز للمتعاقدين إنشاء ما يريدان من التزامات، بشرط أن لا تكون مخالفة للنظام العام.

**1) إنجاز العمل :**

**أ) طريقة إنجاز العمل :**

يجب على المقاول أن ينجز العمل بالطريقة المتفق عليها في عقد المقاولة، وطبقا للشروط الواردة في هذا العقد خاصة دفتر الشروط في مقاولات البناء إذا وجد هذا الدفتر<sup>(1)</sup>، فإذا لم تكن هناك شروط متفق عليها، وجب إتباع العرف، وبخاصة أصول الصناعة والفن تبعا للعمل الذي يقوم به المقاول، فإذا خالف المقاول الشروط والمواصفات المتفق عليها أو الشروط التي تمليها أصول الصناعة<sup>(2)</sup> وعرفها وتقاليدها، وأثبت رب العمل ذلك، كان المقاول مخلا بالتزامه ووجب عليه الجزاء<sup>(3)</sup>.

(1) - د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ج7، ص65.

(2) - فمثلا نجد القانون 15/08 المتعلق بمطابقة البناءات و اتمام إنجازها، المنشور في ج.ر عدد44 لسنة 2008، الصادرة بتاريخ 2008/8/5.

(3) - د. فتيحة قرّة، المرجع السابق، ص108.

فبجانب شروط العقد يوجد نصوص تشريعية وتنظيمية في مجال التعمير والبناء، فهناك القانون 15/08 المؤرخ في 20 جويلية 2008 الذي يحدد قواعد مطابقة البناء وإتمام إنجازها، وكذلك القانون 04/11، ففي حالة مخالفة المقاول لهذه التشريعات يتعرض لعقوبات نصت عليها هذه القوانين.

وإذا احتاج المقاول في إنجاز العمل طبقا لشروطه، إلى أدوات ومهمات، وجب عليه أن يأتي بها ويكون ذلك على نفقته سواء كان للعمل مادة تستخدم فيه أم لا، وسواء كان من ورد المادة هو رب العمل أو المقاول، فأدوات العمل ومهماته، كآلات البناء وأدوات الدهان تكون على المقاول دون حاجة إلى اشتراط ذلك في العقد، وهذا ما لم يقضي الاتفاق أو عرف الحرفة بغيره، وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 2/552 ق.م.ج على أنه: "وعلى المقاول أن يأتي بما يحتاج إليه في إنجاز العمل من آلات وأدوات إضافية ويكون ذلك على نفقته، ما لم يقضي الاتفاق أو عرف الحرفة بغير ذلك".

### (ب) العناية اللازمة في إنجاز العمل :

إن الالتزام بإنجاز العمل في عقد المقاولة إما أن يكون التزاما بتحقيق غاية، وإما أن يكون التزاما ببذل عناية.

فإذا كان التزاما بتحقيق غاية (نتيجة)، كإقامة بناء أو ترميمه أو هدمه، فلا يبرأ المقاول من التزامه إلا إذا تحققت الغاية وأُنجز العمل المطلوب ما دام العمل لم يتم إنجازه فإن المقاول يكون مسؤولا، ولا تنتفي مسؤوليته إلا إذا أثبت السبب الأجنبي ويكون ذلك عن طريق نفي العلاقة السببية.

وإذا كان الالتزام ببذل عناية، فإن المطلوب من المقاول في هذه الحالة، هو بذل عناية الشخص المعتاد في إنجاز العمل المعهود إليه.

إن تنفيذ العمل محل المقاولة، يحتاج إلى مادة، وهذه المادة إما أن يكون المقاول قد تعهد بتقديم المادة بالإضافة إلى العمل، وإما أن يكون رب العمل هو الذي تعهد بتقديم المادة بالإضافة إلى العمل، واقتصر المقاول بتقديم العمل فقط. وقد نصت المادة 550 ق.م.ج على هذين الفرضين بقولها: "يجوز للمقاول أن يقتصر على التعهد بتقديم عمله فحسب، على أن يقدم رب العمل المادة التي يستخدمها أو يستعين بها في القيام بعمله، كما يجوز أن يتعهد المقاول بتقديم العمل والمادة معا".

الحالة الأولى : المقاول هو الذي يقدم المادة

تنص المادة 551 ق.م.ج : "إذا تعهد المقاول بتقديم مادة العمل كلها أو بعضها كان مسؤولاً عن جودتها، وعليه ضمانها لرب العمل".

ومفاد النص أن المشرع إعتبر المقاول مسؤولاً عن جودة المادة وعليه ضماناً لرب العمل على اعتبار كون المقاول حينئذ بائعاً للمادة (طبقاً لما ذهب إليه بعض الفقهاء) ومن ثم يضمن ما فيها من عيوب البائع للعيوب الخفية، والبيع هنا يظل معلقاً على شرط واقف هو تمام صنع المادة<sup>(1)</sup>.

وعلى العموم فإن المشرع الجزائري قد فصل في مسألة تكييف هذا العقد في حالة تقديم المقاول للمادة، حيث اعتبر هذا العقد هو عقد مقاوله سواء قدم المقاول المادة أو لم يقدمها بصريح المادة 550 ق.م.ج.

واختيار المقاول للمادة التي يقدمها يستوجب التزامه بالشروط والمواصفات المتفق عليها بشأن هذه المادة، فإن لم تكن هناك ثمة شروط أو مواصفات، يجب على المقاول أن يتوخى في اختيار المادة أن تكون وافية بالغاية المقصود منها والتي تتفق مع الظاهر من طبيعة الشيء أو الغرض الذي أعدته المادة 1/379 ق.م.ج<sup>(2)</sup>، وإذا لم يتفق المتعاقدان على نوعية المادة أو درجتها لاسيما من حيث الجودة، ولم يتسن استخلاص ذلك من العرف أو من أي ظرف آخر، التزم المقاول بأن يقدم مادته من صنف متوسط طبقاً لنص المادة 2/94 ق.م.ج التي تنص : "يكفي أن يكون المحل معيناً بنوعه فقط إذا تضمن العقد ما يستطيع به تعيين مقداره، وإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشيء من حيث جودته ولم يمكن تبين ذلك من العرف أو من أي ظرف آخر التزم المدين بتسليم الشيء من صنف متوسط".

الحالة الثانية : تقديم رب العمل المادة

نصت المادة 1/552 ق.م.ج والمقابلة لنص المادة 1/649 ق.م.مصري على أن : "إذا كان رب العمل هو الذي قدم المادة، فعلى المقاول أن يحرص عليها ويراعي أصول الفن في استخدامه لها، وأن يؤدي حساباً لرب العمل عما استعملها فيها ويرد إليه ما بقي منها، فإذا صار شيء من هذه المادة غير صالح للاستعمال بسبب إهماله أو قصور كفايته الفنية فهو ملزم برد قيمة الشيء لرب العمل".

والمفروض إزاء هذه الحالة أن رب العمل هو الذي يقدم المادة اللازمة لإنجاز محل عقد المقاول، وحينها يلتزم المقاول بالمحافظة على تلك المادة المسلمة إليه من رب العمل وأن يبذل في المحافظة عليها عناية الشخص المعتاد

(1) د. قادري عبد الفتاح الشهاوي، المرجع السابق، ص 99.

(2) تنص المادة 379 ق.م.ج "يكون البائع ملزماً بالضمان، إذا لم يشمل المبيع على الصفات التي تعهد بوجودها وقت التسليم إلى المشتري أو إذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته. أو من الإنتفاع به بحسب الغاية المقصودة منه حسبما هو مذكور بعقد البيع، أو حسبما يظهر من طبيعته أو استعماله. فيكون البائع ضامناً لهذه العيوب ولو لم يكن عالماً بوجودها".

وإلا كان مسؤولاً عن هلاكها أو تلفها أو سرقتها، بحيث إذا احتاج أمر حفظها ثمة نفقات التزم المقاول باعتبارها جزءاً من النفقات العامة التي أدخلها المقاول في حسابه عند تقدير أجره؛ كما يجب على المقاول أن يراعي الأصول الفنية والعرف الجاري، كما يلتزم أن يقدم حساباً مفصلاً عن المادة عند استعماله له، وإذا اكتشف المقاول بالمادة عيوب بحيث لا تصلح لتنفيذ محل عقد المقاولة أو طرأت ظروف من شأنها إعاقة تنفيذ العمل وجب عليه إخطار رب العمل.

### ج) عدم التأخر في إنجاز العمل :

إن إلزام المقاول بأن ينجز العمل في المدة المتفق عليها أو في المدة المعقولة هو التزام بتحقيق نتيجة وليس التزاماً ببذل عناية، فلا يكفي أن ينفذ المقاول العمل وفق الشروط والأصول الفنية، وإنما يتوجب عليه أن ينفذه ضمن المدة المتفق عليها في العقد وأن يلتزم بإطار الخطة الزمنية الموضوعية، مراعيًا فيها الخطوات المتفق عليها والمراحل المؤدية إلى الإنجاز النهائي باعتبار أن ذلك يمثل أحد شروط العقد.

إن مسألة تحديد مدة تنفيذ العمل والنص عليها في العقد أمر هاماً وشرطاً جوهرياً، أما في حالة السكوت عن تحديدها، وهذا أمر نادر الحدوث في عقود مقاولات البناء، فلا يعني أن المقاول يستطيع إنجاز العمل ضمن المدة التي يرغب فيها وإنما عليه إنجازها ضمن مدة معقولة تحددها طبيعة العمل المطلوب تنفيذه ومدى مقدرة المقاول وإمكانياته والعرف السائد<sup>(1)</sup> ولا يستطيع المقاول أن يتخلص من المسؤولية إذا تأخر في المباشرة، أو تباطأ في التنفيذ إذا أثبت أنه بذل عناية الشخص المعتاد المختص، أو تذرّع بأن المدة المتفق عليها غير كافية لإنجاز مثل هذا العمل وعليه بالتالي أن يتحمل نتيجة خطأه.

إن خطأ رب العمل أو القوة القاهرة يشكّلان سبباً كافياً لانقضاء مسؤولية المقاول، كما لو تأخر رب العمل في استصدار رخصة البناء، مما أدى إلى تأخر المقاول في الشروع في تشييد البناء، أو كان رب العمل قد تأخر في تسليم المقاول المواد اللازمة لإنجاز العمل في حالة تعهده بتقديمها.

### د) إنذار المقاول بإصلاح العيب :

لقد اشترطت المادة 553 ق.م.ج على رب العمل أن يوجه إنذاراً للمقاول إذا ظهر أنه ينفذ عمله بشكل معيب أو مخالف للشروط، يطلب فيه أن يصلح هذه العيوب أو يعدل من طريقة التنفيذ حتى يصبح عمله سليماً متفقاً وشروط العقد، حيث جاء النص: "إذا أثبت أثناء سير العمل أن المقاول يقوم به على وجه معيب أو مناف لشروط العقد جاز لرب العمل أن ينذره بأن يصلح من طريقة التنفيذ".

(1) - د. لبيب شنب، المرجع السابق، ص 91.

ونحن نرى أن توجيه الإنذار للمقاول ليس مجرد رخصة لصاحب العمل إن شاء استعمالها وإن شاء أهملها. بل هو التزام عليه متى ثبت أنه هناك عيوباً في طريقة التنفيذ أو هناك مخالفة لشروط العقد طبقاً لمبدأ حسن النية في العقود؛ فقد يعتقد المقاول أنه يُنفذ التزامه العقدي تنفيذاً صحيحاً، فالإنذار ينبهه حتى لا يمضي في عمل معيب أو مخالف لشروط العقد، غير أن المادة 553 ق.م.ج لم تلزم المقاول على إلزامية توجيه الإنذار بقولها: "... جاز لرب العمل أن يندره بأن يصحح من طريقة التنفيذ ... ، جاز لرب العمل أن يطلب إما فسخ العقد وإما أن يعهد إلى مقاول آخر بإنجاز العمل على نفقة المقاول الأول طبقاً لأحكام المادة 170 أعلاه".

وفي رأينا يجب على المشرع أن يقوم بتعديل لهذه المادة بضرورة إلزام رب العمل بالإنذار ليكون تنبيه المقاول إلى خطئه من خلال الإنذار وجوباً وليس جوازياً ويجب على رب العمل أن يحدد الإنذار الموجه إلى المقاول مدة معينة لإصلاح العمل والالتزام بالشروط، وتكون المدة معقولة أي ما تتفق مع طبيعة العمل والظروف المحيطة به، وذلك منعا من تعسف صاحب العمل في استعمال هذا الحق الذي أعطاه له المشرع فقد جاءت في نص المادة السابقة: "... جاز لرب العمل أن يندره بأن يصحح من طريقة التنفيذ خلال أجل معقول يعينه له...".

وفي الأخير نشير أن المادة 553 ق.م.ج لم تشترط شكلاً معيناً لتوجيه الإنذار فالطلب قد يكون بتبليغ شفوي، أو إنذار خطي من صاحب العمل بنفسه أو حتى وكيله، وأن يكون إنذار رسمي عن طريق المحضر القضائي، إلا أنه في الغالب أن يكون الإنذار خطياً كما جرى عليه العرف في مجال مقاولات البناء، وإن كنا نرى ولأهمية عقود المقاولات أن يكون توجيه الإنذار إلى المقاول عن طريق المحضر القضائي (رسمي) خاصة إذا كانت المخالفة جسيمة لما قد يترتب على ذلك من آثار قانونية لا يمكن حسمها إلا بواسطة القضاء.

وفي حالة الإنذار ولم يتم المقاول بإصلاح المطلوب منه، أو نازع رب العمل وادعى بأنه ينفذ على وجه صحيح ووفق الأصول، فإن لصاحب العمل أن يلجأ إلى القضاء لاستصدار حكم بالفسخ أو السماح له بأن يعهد على مقاول آخر بإنجاز العمل على نفقة المقاول كما جاء في نص المادة 553 ق.م.ج: "... إما فسخ العقد وإما أن يعهد إلى مقاول آخر بإنجاز العمل على نفقة المقاول الأول طبقاً لأحكام المادة 170 أعلاه".

## 2) تسليم العمل :

إن المحل الذي يقع عليه التسليم هو العمل المطلوب، ويكون بوضعه تحت تصرف رب العمل بحيث يتمكن من الاستيلاء عليه والانتفاع به دون عائق، ولا يشترط أن يضع رب العمل يده فعلاً على العمل فإن هذا التسليم، وليس التسلم، وتسلم العمل هو من بين التزامات رب العمل.

وكذلك يلتزم المقاول برد ما بقي من المادة فعلى المقاول أن يحرص عليها وواعي أصول الفن في استخدامه لها بأن يؤدي حساباً لرب العمل عما استعمالها فيه ويرد إليه ما بقي منها، فإذا صار شيء من هذه المادة غير صالح للاستعمال بسبب إهماله أو قصور كفايته الفنية، فهو ملزم برد قيمة هذا الشيء لرب العمل طبقاً لنص المادة 552 ق.م.ج.

أما عن طريقة تسليم البناء فتكون طبقا للقواعد العامة إما بالتخلية بينه وبين رب العمل ووضعه تحت تصرفه بحيث يتمكن رب العمل الاستيلاء على البناء والانتفاع به كما قلنا، وقد يتم التسليم أيضا بتسليم مفاتيح البناء إلى رب العمل.

ويكون التسليم في الميعاد المتفق عليه لإنجاز العمل، فإذا لم يكن هناك ميعاد متفق عليه، فيكون في الميعاد المعقول لإنجاز العمل وفقا لطبيعة ولعرف الحرفة، وعلى أية حال يكون التسليم بمجرد إنجاز العمل ما لم يتفق على ميعاد آخر وفقا لنص المادة 1/281 ق.م.ج "يجب أن يتم الوفاء فور ترتيب الالتزام نهائيا في ذمة المدين ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك".

### 3 : الالتزام بضمان العمل بعد تسليمه

المقاول يلتزم بتنفيذ العمل المعهود به إليه وفقا للمواصفات المتفق عليها، وطبقا لأصول الفن الذي يحكم هذا العمل، ويترتب على ذلك أن المقاول يعتبر مخلا بالتزامه إذا جاء العمل غير مطابق لهذه المواصفات أو غير متفق مع أصول الحرفة، إذ يعتبر العمل في هذه الحالة معيبا، فالمقاول إذن يضمن عيوب عمله *malfaçons*. إن قبول العمل *réception de l'ouvrage*، هو إقرار لرب العمل بما قام به المقاول من عمل بعد معاينته واعترافه بأنه قد تمّ صحيحا مطابقا لما هو متفق عليه<sup>(1)</sup>. فما أثر هذا القبول على التزام المقاول بالضمان؟ لا يوجد نص في هذه المسألة على مثال النص الوارد في ضمان المقاول والمهندس المعماري للمنشآت التي يقومون بتشيدها (الضمان الخاص)<sup>(2)</sup>، وبالتالي لا بد من الرجوع إلى القواعد العامة في هذا الشأن، وهذه القواعد تقضي بوجوب التمييز بين فروض ثلاثة :

1- أن يكون العيب في العمل واضحا يمكن للشخص العادي أن يكتشفه إذا عاينه وفي هذه الحالة إذا تسلّم رب العلم الشيء أو تقبل العمل دون أن يعترض، فالمفروض أنه قبل العمل رغم وجود العيب أي قد تنازل عن حقه في الرجوع على المقاول ومن ثم ينقضي ضمان المقاول للعيب في هذه الحالة<sup>(3)</sup>.

(1) - د. فتيحة قرّة، المرجع السابق، ص 146.

(2) - أنظر في هذا الضمان الخاص (الضمان العشري)، في الباب الثاني، الفصل الأول.

(3) - د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ج 7، ص 100.

- 2- أن يكون المقاول قد أخفى غش العيب في العمل، فلم يستطيع رب العمل أن يكتشفه وقت تسلم الشيء أو تقبل العمل، وفي هذا الفرض يكون المقاول مسؤولاً عن غشه ويكون له الحق في الرجوع على المقاول بالضمان أي بإصلاح العيب مع التعويض لأن المقاول يكون مسؤولاً مسؤولية تقصيرية<sup>(1)</sup>.
- 3- أن يكون العيب ليس من الوضوح بحيث يمكن كشفه وقت التسلم أو تقبل العمل، ولم يخفه المقاول غشا من رب العمل، ففي هذه الحالة يبقى المقاول ضامناً للعيب للمدة التي يقضيها عرف المهنة، لأن العرف في عقد المقاول مكمّل لنصوص القانون ويجوز أن يصل إلى حد تقرير مدة تقادم دعوى الضمان، وقد تستخلص من سكوت رب العمل بعد كشفه العيب أنه قد تنازل ضمناً عن دعوى الرجوع على المقاول<sup>(2)</sup>.
- والأحكام المتقدمة ليست من النظام العام، فيجوز الاتفاق على ما يخالفها، ومن ثم يجوز الاتفاق على تشديد ضمان المقاول، كاشتراط رفع مدة الضمان إلى خمس سنوات بدل ثلاثة سنوات، كما يجوز الاتفاق على تخفيف الضمان أو الإعفاء منه، ولكن لا يجوز الإعفاء إذا كان العيب راجعاً إلى غش المقاول أو إلى خطأ جسيم منه طبقاً لنص المادة 384 ق.م.ج<sup>(3)</sup>.

(1) - د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ج7، ص100.

(2) - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ج7 ص100-101.

(3) - تنص المادة 384 ق.م.ج على أنه: "يجوز للمتعاقدين بمقتضى اتفاق خاص أن يزيدا في الضمان أو ينقصا منها أو أن يسقطا هذا الضمان، غير أنه كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه يقع باطلاً إذا تعمد البائع إخفاء العيب في المبيع غشا منه".

**البند 2: إخلال المهندس بالتزاماته العقدية :**

إن المشرع الجزائري لم ينظم العلاقة التعاقدية بين المهندس المعماري ورب العمل في القانون المدني، كما لم يحدد التزامات المهندس تحديدا كافيا، بل اكتفى بذكر أهمها من خلال نص المادة 555 ق.م.ج<sup>(1)</sup> وهما وضع التصاميم والإشراف، ورقابة التنفيذ، إلا أنه قد أوجب اللجوء إلى المهندس المعماري في المشاريع الخاضعة لرخصة البناء طبقا لنص المادة 55 المعدلة من القانون 29/90 المتعلق بالتهيئة والتعمير بقوله أنه : "يجب أن يتم إعداد مشاريع البناء الخاضعة لرخصة البناء من طرف مهندس معماري ومهندس معتمدين في إطار عقد تسيير المشروع... " كذلك نصت المادة 4 من المرسوم التشريعي 07/94 المتعلق بشروط الإنتاج المعماري وممارسة مهنة المهندس المعماري المعدل والمتمم على ذلك، حيث أوجبت على كل شخص طبيعي أو معنوي يرغب في إنجاز بناء خاضع لتأشيرة مهندس معماري أن يلجأ إلى مهندس معماري لإنجاز مشروعه"، كما نص القانون على إلزامية مراقبة البناء التي هي في طور الإنجاز حيث يقوم بتولي هذه الرقابة حسب مفهوم المادة 6 من القانون 05/04 الصادر في 2004 الذي يعدّل المادة 73 من قانون 29/90 المتعلق بالتهيئة والتعمير، رئيس المجلس البلدي وكذلك الأعوان المؤهلين قانونا<sup>(2)</sup>.

لقد نص المشرع الجزائري على التزامات المهندس المعماري في عدة نصوص منها قانون 29/90 المعدل والمتمم المتعلق بالتهيئة والتعمير، وكذا في مرسومه التنفيذي 91-176 المؤرخ في 28 ماي 1991 المحدد لكيفيات وإجراء تسليم شهادة التعمير ورخصة التجزئة وشهادة التقسيم ورخصة البناء وشهادة المطابقة ورخصة الهدم المعدل والمتمم، وكذلك المرسوم التشريعي رقم 07/94 المعدل والمتمم المتعلق بشروط الإنتاج المعماري وتنظيم مهنة المهندس المعماري.

(1) - تنص المادة 555 ق.م.ج : "إذا اقتصر المهندس المعماري على وضع التصميم دون أن يكلف بالرقابة على التنفيذ، لم يكن مسؤولا إلا عن العيوب التي أتت من التصميم".

(2) - حدد المرسوم التنفيذي رقم 55/06 المؤرخ في 30 جانفي 2006 لشروط وكيفيات تعيين الأعوان المؤهلين، ج.ر عدد 6 في المادة 2 منه:

إن الأعوان هم:

مفتشي التعمير، مستخدمون يمارسون أعمالهم بإدارة وزارة السكن والعمران ويعينون من بين :

- رؤساء مهندسين معماريين.

- رؤساء المهندسين.

- مهندسين معماريين رئيسيين.

الأعوان الذين يمارسون أعمالهم بمصالح التعمير التابعة للبلدية وهي تتشكل كذلك من مهندسين".

وما يمكن التنويه له أن علاقة رب العمل بالمهندس المعماري تتحدد بموجب عقد المفاوضة الذي يكون بمثابة المرجع في تحديد الالتزامات التي يتعين على المهندس المعماري أن يفي بها.

وفي هذه الدراسة سوف نحاول دراسة التزامات المهندس المعماري بحيث هو الذي يضع تصميم الأعمال ويشرف كذلك على تنفيذها في هذه الحالة، ويعتبر المهندس المعماري مسؤولاً عقدياً عن أخطائه في تنفيذ الأعمال المكلف بها كإخلاله بالتزامات قبل البدء في التنفيذ (أولاً)، أو أثناء التنفيذ (ثانياً).

### أولاً : إخلال المهندس بالتزاماته قبل البدء في التنفيذ

يلتزم المهندس المعماري قبل البدء في تنفيذ المشروع القيام بدراسة المشروع وإعداد التصاميم.

#### 1) إخلال المهندس بالتزام القيام بدراسة المشروع :

يلتزم المهندس المعماري المكلف بدراسة المشروع بتقديم دراسة أولية وإجمالية قبل الشروع فيه، ويجب أن تكون مطابقة لأغراض وهدف المشروع حسب البرنامج المقدم له من قبل رب العمل، فيلتزم في هذا الشأن بدراسة المشروع والمعلومات التي تحصل عليها شخصياً أثناء قيامه بزيارة ميدانية للأرض التي يراد إقامة المشروع عليها<sup>(1)</sup> في حالة إذا نص العقد المبرم بين رب العمل والمهندس على نفس المعطيات والمعلومات، فيتمسك المهندس المعماري، وفي حالة عدم النص عليها يرجع المهندس للمقاول لتفسير مضمون العقد.

#### 2) إخلال المهندس بالتزام إعداد التصاميم :

إن جوهر مهنة المهندس المعماري من الناحية الفنية هو وضع تصميم الأعمال (Le plan) المزمع إنشاؤه، وإعداد المقاييسات (les devis) التي سيتم تنفيذ الأعمال بناء عليها، لهذا سوف نتطرق إلى مهمة وضع التصميم، ثم أبرز مظاهر الخطأ في وضع التصاميم (الإخلال بالالتزام العقدي).

(1) - Auby (Jean-Bernard), Point Market (Hugues), Droit de l'urbanisme et la construction, 4<sup>ème</sup> édition, Paris, 1995, p643-644.

(أ) مهمة وضع التصاميم :

إن إسناد مهمة وضع التصاميم والرسوم الهندسية إلى مهندس معماري معتمد لإنجاز مشروع معين لا يتم إلا بناءً على عقد يبرم بين المهندس المعماري ورب العمل، وهذا ما أشارت إليه المادة 10 من المرسوم التشريعي رقم 07/94<sup>(1)</sup>. فقد أصبح لجوء رب العمل إلى المهندس المعماري من أجل وضع التصميم أمراً إجبارياً في الوقت الحاضر<sup>(2)</sup>.

ففي مصر تستلزم المادة 5 من قانون 1976 أن يكون طلب الحصول على الترخيص المقدم إلى الجهة الإدارية المختصة بشؤون التنظيم مرفقاً به الرسومات المعمارية الإنشائية والتنفيذية، وأن تكون هذه الرسومات أو أية تعديلات فيها موقعا عليها من قبل مهندس نقابي مختص<sup>(3)</sup>.

أما في فرنسا فتقضي المادة 03 من قانون 1977 الصادر في 1977/01/03 والذي ينظم مهنة الهندسة المعمارية بأن : "كل من يرغب في إقامة أعمال خاضعة للترخيص بالبناء يجب عليه أن يلجأ إلى مهندس معماري في شأن وضع المشروع الهندسي موضوع طلب الترخيص".

ويبين الرسم أو التصميم أساساً، أساسات المبنى وهيكله الإنشائي، وحجم البناء، وتقسيماته أو مكوناته، كما تستلزم المادة 3 من قانون 1977 الفرنسي : "أن يشمل فضلاً عن ذلك اختيار المواد والألوان".

أما المشرع الجزائري فنص في المادة 55 من القانون 29/90 المعدل والمتمم، نجد أن المشروع المعماري هو مجموعة الوثائق والبيانات التي تشكل أساساً من الجزء المعماري وكذلك من الجزء التقني.

إن الجزء المعماري يحتوي على بطاقة وصفية "une fiche description" للمشروع والتي يتم

فيها وصف البناء (المشروع) من كل النواحي : الموقع، المساحة، الواجهات، عدد الغرف... إلخ.

أما الجزء التقني فهو وثيقة حسابية *une pièce de calcul*، تتعلق أساساً بالدراسة التقنية فيما يخص مواد البناء المطلوبة لإنجاز المشروع من حيث النوعية والكمية وكذلك قابلية الأرض لتحمل البناء والتي تكون عن طريق إجراء تحاليل لدى مختلف المخابر بواسطة طلب من المهندس المدني.

(1) - تنص المادة 10 من المرسوم التشريعي رقم 07/94 المؤرخ في 1994/05/18 المتعلق بشروط الإنتاج المعماري، المنشور في ج.ر عدد 32 الصادرة في 1994/05/25، المعدل و المتمم بالقانون 06/04 المتضمن إلغاء المواد من 50 إلى 55 من المرسوم 07/94 المؤرخ في 2004/08/14، المنشور في ج.ر. عدد 15 الصادرة في 2004/08/18.

(2) - د. أحمد عبد العالي أبو قرين، المسؤولية العقدية للمقاول والمهندس المعماري، الطبعة الأولى، 2001، ص 71.

(3) - د. شكري سرور، المرجع السابق، ص 45.

ب) مظاهر الإخلال في وضع التصميم (الخطأ العقدي في وضع التصميم):

يعتبر الخطأ العقدي للمهندس المعماري، ذو طبيعة فنية أو مهنية، ويقصد بالخطأ الفني الإخلال بالقواعد العلمية أو الفنية التي تحدد الأصول التي ينبغي مراعاتها عند مباشرة عمل من أعمال الفن أو المهنة، ويقابل الخطأ الفني، الخطأ المادي<sup>1)</sup> يمكن استنتاج أهم مظاهر الخطأ في مهمة التصميم استناداً إلى التطبيقات القضائية في هذا الشأن، ويمكن تصنيف هذه الأخطاء حسب مضمون مهمة وضع التصميم على أخطاء تقنية، وأخطاء قانونية.

1- أهم مظاهر الإخلال (الخطأ) التقني للمهندس المعماري :

أ) التصميمات المخالفة للغرض المخصص له المبني :

إن أبرز مظاهر الخطأ في التصميم أن يغفل المهندس في وضعه الغرض من إقامة البناء الذي حُدّد له بوضوح، كأن يضع تصميمًا يصلح للمكاتب بدلاً من محلات تجارية، وفي حالة عدم توضيح في العقد بشكل دقيق، فإن المهندس لا يكون مخطئاً إذا كان التصميم يستجيب للغرض المخصص له البناء وفقاً للمألوف من الاستعمال في نوع هذا الغرض ما دام العقد لا يتضمن توضيحاً كافياً على ذلك المثال : أن الغرض من إقامة البناء هو تخصيصه ليكون مرآباً لإيواء السيارات، دون تحديد آخر، فمن حق المهندس أن يفترض في هذه الحالة الحجم العادي، ومن ثم، فلا شأن عليه إذا كان تصميمه لا يتناسب وإيواء شاحنات ضخمة مثلاً.

ب) التصميمات التي لا توفر السهولة والأمن في استخدام المبني :

وفي هذه الحالة، نجد أن المهندس لا يراعي من يكفل السهولة والراحة عند استخدام المبني وفق الغرض المخصص له، كأن يعتمد طرازاً من المصاعد الصغيرة الحيز لخدمة ساكني عمارة ستقام من إحدى عشرة طابقاً، أو يصمم الدرج بشكل يجعله شاق الارتفاع أو لصعود الاثاث الخاص بالساكنين. كما يدخل ضمن هذه الطائفة من الأخطار العيب في نظام العزل الصوتي أو تكييف الهواء أو نظام التهوية، وكذلك تصميم الجدران الخارجية للمبني من درجة سمك غير كافية مما يؤدي إلى عدم كفاءة هذه الجدران في عزل حرارة الجو الخارجي<sup>(1)</sup>. كما أن إغفال وضع احتياطات ضد الحريق يمكن في بعض الأحيان أن يعتبر من قبيل الأخطاء الجسيمة في التصميم

ج) التصميمات المخلة بالمظهر الجمالي للمبنى :

يرى بعض الشرّاح أنه هناك تصميمات خاطئة والتي يسأل عنها المهندس المعماري، وتمثل في تلك التصميمات التي تتضمن أخطاء في النمط أو الطراز (le style)، أو في الذوق (le goût)، أو الديكور (la décoration)، ذلك متى كانت أخطاء جسيمة أو لم يكن هناك داع للوقوع فيها<sup>(1)</sup>.

د) التصميمات غير المناسبة لطبيعة الأرض :

يتعين على المهندس المعماري عند وضع التصميم أن يجري دراسة للتربة وتركيبها البيولوجي وذلك لاختبار مدى صلاحيتها وتحملها لأحمال الأعمال المزمع إنشاؤها وذلك قبل البدء في تنفيذ هذه الأعمال. فإذا وضع التصميم بشكل يجعل العاقر دائماً عرضة أمام التيارات العنيفة من الرياح أو الأمطار دون أن يكفل له درجة مناسبة من المقاومة، وذلك بتعميق أساسها وتقويتها ودعمه بالحرسنة اللازمة أو وضع تصميمات لبناء على خزان للمياه الجوفية أو القرب من المسطحات المائية كضفاف الأبار أو البحار دون اتخاذ الاحتياطات اللازمة لتفادي الوقوع في أخطار ارتفاع منسوب المياه أو حدوث فيضانات، يعد ذلك بمثابة إخلالاً بالتزامه العقدي، كذلك عليه التأكد من مدى قابلية المبنى مع خصائص الأرض بما فيها الجيولوجيا، لهذا عليه أن يستعين أو يلجأ إلى دراسة تقنية لطبيعة الأرض قبل البدء في المشروع.

2- أهم مظاهر الإخلال (الخطأ) القانوني للمهندس المعماري :

تلزم المادة 17 من المرسوم التشريعي رقم 07/94 المهندسين المعماريين بممارسة مهنتهم في ظل احترام القوانين والتنظيمات المعمول بها، وأحكام قانون الالتزامات المهنية، كذلك المادة 43 منه تلزم كل مهندس معماري باحترام أحكام المرسوم التشريعي 07/94 وأهم مظاهر الخطأ في المهمة الإدارية والقانونية للمهندس المعماري:

(1) - د . شكري سرور ، المرجع السابق ، ص54.

**أ) وضع تصميم مخالف لقانون البناء والعمران :**

لقد قضي في هذا الشأن بأن المهندس المعماري الذي وضع التصميمات المخالفة للتنظيم ولقواعد المعمار *règle d'urbanisme* وسمح بالبدء في التنفيذ، قبل أن يكون رب العمل قد استخراج رخصة البناء يكون مسؤولاً عما يمكن أن يترتب على ذلك من أضرار لرب العمل.

فهذه القواعد تستمد أساساً من القانون 05/04 المتعلق بالتهيئة والتعمير، المعدل والمتمم، كما يجب عليه عدم مخالفة قواعد المبنى *règles de lotissement* فمثلاً على المهندس المعماري عند إنجازهِ للتصاميم احترام مساحة الغرف وعلو الجدران وكذلك يجب أن لا تمس البناية بموقعها وحجمها أو مظهرها الخارجي بالطابع أو بأهمية الأماكن المارة والمناظر الطبيعية طبقاً للمرسوم التنفيذي 175/91 الذي يضبط القواعد العامة للتهيئة والتعمير والبناء<sup>(4)</sup>. كذلك يجب أن لا يخالف التشريعات الضريبية في هذا المجال.

**ب) وضع تصميم مخالف للارتفاقات الخاصة :**

يجب على المهندس المعماري قبل أن يشرع في تصميم الأعمال أن يأمر رب العمل بأن يتجه إلى مهندس إنشائي ليعده له مخطط الأرض التي سيقام عليها البناء والذي يتضمن حدود القطعة الترابية ومساحتها، وإذا لم يحتز المهندس المعماري بالشكل المذكور، فإنه يعرض عمله لخطر البناء على أرض الغير، والذي قد يؤدي إلى الهدم بعد إنجاز البناء. ومن جهة أخرى يتعين على المهندس أن يراعي حقوق الارتفاق المقرر للغير.

**3- مساعدة رب العمل في تحضير الملف المتعلق برخصة البناء :**

تنص المادة 52 من القانون 29/90 المؤرخ في 1990/12/01 : "يشترط رخصة البناء من أجل تشييد البنايات مهما كان استعمالها ولتمديد البنايات الموجودة ولتغيير البناء الذي يمس الحيطان الضخمة منه أو الواجهات المفضية على الساحات العمومية، لإنجاز جدار صلب للتدعيم أو للتسييج. تحضر رخصة البناء وتسلم في الأشكال والشروط والآجال التي يحددها التنظيم".

(1) - المرسوم التنفيذي 175/91 الذي يضبط القواعد العامة للتهيئة والتعمير والبناء، جريدة رسمية عدد 26 لسنة 1991.

من خلال المادة 52 والمرسوم التنفيذي رقم 176/91<sup>(1)</sup>، نجد أنها تستوجب ضرورة الحصول على رخصة من أجل إنشاء المباني أو إقامة أعمال أو توسيعها أو تعليقها أو تعديلها أو تدعيمها أو تمديدتها، فالحصول على ترخيص لمباشرة الأعمال المذكورة هو من بين الالتزامات الأولية التي تقع على عاتق مالك البناء سواء أكان شخصا طبيعيا أو معنويا وذلك ما أقرته المادة 51 من نفس القانون التي تنص: "يمكن لكل شخص طبيعي أو معنوي معني، قبل الشروع في الدراسات أن يطلب شهادة للتعمير تعين حقوقه في البناء أو الاتفاقات التي تخضع لها الأرض المعنية".

ورخصة البناء هي رخصة إدارية وجوبية تمنحها السلطة الإدارية المختصة بشؤون التنظيم المتعلقة بالبناء والتعمير المختصة إقليميا، تتمثل إما في رئيس البلدية أو الوالي أو الوزير المكلف بالتعمير كل في نطاق اختصاصه. وبالتالي فإن رخصة البناء هي بمثابة وسيلة رقابية للإدارة في مجال العمران، فعلى المهندس المعماري مساعدة رب العمل في تحضير الملف المكون من عقد ملكية والتصميم الهندسي المفصل لموقع البناء، مع الارتفاقات الإيجابية أو السلبية، ورخصة التجزئة على خمس نسخ إلى الجهة المختصة، حيث تقوم هذه الأخيرة بدراسة مدققة وشاملة للمشروع طبقا للمرسوم 176/91 حيث تتولى دراسة تصاميم ورسومات ومخططات مشروع البناء المقدم لها ومدى مطابقتها للمواصفات القانونية وكذلك مدى احترام المقاييس والمواصفات التقنية والمستوى العلوي المرخص به قانونا في تلك المنطقة ومدى تناسبه مع نوعية وطبيعة الأرض التي سيقام عليها<sup>(2)</sup>.

إن هذا الالتزام المفروض على المهندس المعماري نجده أساسا في المادة 7 من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 15 ماي 1988 المعدل والمتمم.

إن الأشخاص المؤهلين لطلب رخصة البناء في القانون الجزائري طبقا لنص المادة 50 من قانون التهيئة والتعمير هو المالك لأن حق البناء مرتبط بحق الملكية، وبالتالي فالأصل أنه لا يجوز لغير مالك الأرض أن يحصل على هذه الرخصة، غير أن المرسوم التنفيذي 176/91 أضاف أشخاصا آخرين من لهم الحق في طلب والحصول على رخصة البناء طبقا لنص المادة 34 منه والتي تنص: "ينبغي أن يتقدم بطلب رخصة البناء والتوقيع عليه من المالك أو موكله أو المستأجر لديه المرخص له قانونا أو الهيئة أو المصلحة المختصة لها قطعة الأرض أو البناية". كما أن قانون التوجيه العقاري، أجاز لصاحب الحيازة الممنوحة من قبل رئيس المجلس الشعبي البلدي طبقا للمادة 39 و40 أن يطلب رخصة البناء.

(1) - المرسوم التنفيذي رقم 176/91 والذي يحدد كفايات تحضير شهادة التعمير ورخصة التجزئة وشهادة التقسيم ورخصة البناء وشهادة المطابقة ورخصة الهدم وتسليم ذلك.

(2) - د. حمدي باشا عمر، القضاء العقاري في ضوء أحدث القرارات الصادرة عن مجلس الدولة والمحكمة العليا، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2002، ص 136-137.

من خلال هذه النصوص، يتبين لنا شيء مهم هو أن المهندس المعماري ليس له الحق في طلب رخصة البناء لمصلحة رب العمل، لأن المادة 34 السابقة الذكر لم تنص صراحة على أن المهندس المعماري يستطيع طلب رخصة البناء لصالح رب العمل، وذلك على أساس أن العقد المبرم بين المهندس المعماري، ورب العمل ليس بعقد وكالة، أما من الناحية العملية خاصة في الصفقات الهامة، فإننا نجد أنه قد يتفق الطرفان على إدراج التزام المهندس المعماري بالقيام بجميع الإجراءات الإدارية اللازمة للحصول على جميع الرخص، من بينها رخصة البناء. فهل هذا الالتزام الصريح في عقود المقاولات، يعتبر بمثابة توكيل خاص للمهندس المعماري؟ من أجل استصدار رخصة البناء نيابة عن رب العمل؟

في الواقع كان على المشرع تعديل مضمون نص المادة 34 من المرسوم 176/91 وذلك بالتوسيع من دائرة الأشخاص المخولين لهم بطلب رخصة البناء خاصة أن المهندس المعماري هو الأدرى بالجانب الإداري والفني بالمسائل المتعلقة بالعمران.

### ثانياً : خطأ المهندس المعماري في الإشراف على تنفيذ الأعمال

بعد انتهاء المهندس من قيامه بدراسة المشروع وإعداد تصميمه، فإنه يلتزم بتنفيذ تلك الدراسة ومراقبة تنفيذها وإشراف عليها، ولدراسة الخطأ أو الإخلال في الإشراف على تنفيذ الأعمال، يتعين علينا استعراض مضمون مهمة الإشراف على تنفيذ الأعمال، ثم نبين أهم مظاهر الإخلال أو الخطأ على تنفيذ الأعمال.

#### أ) مفهوم إخلال المهندس بالتزامه بالإشراف :

لم تعتمد المحاكم الفرنسية موقفاً ثابتاً في تقديرها لمفهوم إخلال المهندس المشرف بالتزامه بالإشراف، ولم تحدد مدى العناية التي يجب عليه أن يبذلها في عمله، فتارة تبدي تساهلاً كبيراً في ذلك إلى درجة أنها قصرت في بعض أحكامها التزام المهندس بالإشراف على مجرد التنسيق بين أعمال الفنيين وذوي التخصصات المختلفة المشتركين في عملية البناء، والاطمئنان على برنامج العمل وسيره حسب الخطة الموضوعية، وأن التنفيذ يتم طبقاً للمخططات والمواصفات الموضوعية وذلك من خلال زيارات دورية للمشروع وتأسيساً على ذلك قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه إذا كان العيب قد وقع في الفترة الواقعة بين زيارتين دوريتين قام بها المهندس للمشروع، وأنه لم يكن بالإمكان ملاحظة هذا العيب إلا عند هدم البناء فإن المهندس لا يكون مسؤولاً عنه<sup>(1)</sup>.

إلا أن هذه المحاكم وفي حالات أخرى أظهرت تشدداً واضحاً حيال المهندس، فقد قضت بأن مهمة الرقابة على التنفيذ لا تقتصر على التأكد من القياسات الصحيحة في البناء، وإنما يجب عليه أن يتأكد أن الأعمال تسير وفقاً للتصاميم والمواصفات الموضوعية وأنها تنفذ وفقاً لوسائل محددة...، وأنه لو كان المهندس قد قام بالإشراف كما ينبغي،

(1) - د. شكري سرور، المرجع السابق، ص 93.

لكان بإمكانه أن يكشف العيب، وأن ينتبه إليه حال وقوعه مما يمكن تلافيه، بل أنه في أحد أحكامها القديمة كانت قد افترضت خطأ المهندس المشرف رد وقوع خطأ المقاول وظهور عيب في المبنى<sup>(1)</sup>.

ويمكن تفسير اختلاف الاتجاهات القضائية في نظر المسؤولية المهندس بأمسألة واقع، يعود تقديرها للمحكمة، ويتوقف على ظروف كل حالة على حدة، وتعتمد هذه الظروف على طبيعة البناء ومدى جوهرية الجزء من العمل الذي وقع فيه العيب في التنفيذ، ومدى تكرار وتعدد هذه العيوب، وما إذا كان التزام المهندس المشرف عقدياً هو التزام جزئي ثم التزام كلي، كما يمكن تفسير ذلك انطلاقاً من فهم التزام المهندس المشرف بأنه التزام ببذل عناية وليس التزاماً بتحقيق غاية، كما هو الحال في التزام المقاول.

وهذا التفسير دعا محكمة النقض الفرنسية لمطالبة قضاة الاستئناف أن يتبنوا في حكمهم قبل تحميل المهندس المسؤولية ما إذا كان التزامه بالإشراف على البناء من شأنه أن يتدارك العيب الذي وقع في الأعمال<sup>(2)</sup>.

وما تجدر الإشارة إليه أن من مهام المهندس تحرير أوامر الخدمة وإرسالها إلى المقاول بعد مصادقة صاحب المشروع على التوقيع، حيث يعد المهندس الذي هو المتحدث الوحيد مع المقاول فيما يخص تفسير الدراسات وتكيفات المشروع وتعديلاته<sup>(3)</sup> وتعتبر أوامر الخدمة وسيلة التعامل بين المهندس والمقاول فهي تمكن المهندس من إعطاء أوامر بخصوص المواد المستعملة أو لتقدير احترام المقاول لالتزاماته، وطريقة رد كل التماسات المقاول، كما أنه يجب على المهندس إذا أراد تغيير شيء في المشروع إعلام المقاول عن طريق أوامر خدمه.

(1) - د. شكري سرور، المرجع السابق، ص94.

(2) - Civ.29/04/1978.J.C.P.1979,4,p47.

(3) - المادة 30 من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في : 15 ماي 1988 المتضمن كفايات ممارسة تنفيذ الأشغال في ميدان البناء و أحر ذلك ، المنشور في في ج.ر عدد43 بتاريخ 26 أكتوبر 1988 .

ب) صور عدم مراعاة الأصول الفنية في الإشراف على التنفيذ :

1- الترخيص بمباشرة أشغال البناء بدون توافر الشروط القانونية :

إن المهندس المعماري هو المكلف بالإشراف على تنفيذ المشروع (البناء) ويكون المهندس قد أخلّ بالتزامه العقدي أو الخطأ العقدي في حالة ترخيص بمباشرة إنجاز أشغال البناء دون توافر الشروط القانونية، فيترتب على ذلك مساءلته حتى جنائياً عن الأفعال التي قام بها وهي :

أ) الترخيص بإنشاء بناية بدون توفر رخصة البناء :

قد يرخص المهندس المعماري المكلف بالإشراف على تنفيذ أشغال البناء بمباشرة أعمال البناء دون أن يكون بحوزة مالك البناء رخصة، ففي هذه الحالة تقوم المسؤولية المدنية وحتى الجزائية في مواجهة المهندس لأنه قد رخصّ بالمشروع في البناء دون مراعاة الشروط القانونية، خاصة المادة 76 من القانون 29/90 التي تنص : "يمنع المشروع في استغلال البناء بدون رخصة...".  
وتؤكد المادة 6 من القانون 15/08 أنه "يمنع تشييد أي بناية مهما كانت طبيعتها دون الحصول المسبق على رخصة البناء مسلمة من السلطة المختصة في الآجال المحددة قانوناً".

ب) تشييد بناية لا تطابق مواصفات رخصة البناء :

إن كل ترخيص تتم الموافقة على منحه من طرف السلطة الإدارية المختصة بشؤون التنظيم، تتم بعد دراسة وافية لملف الطلب و التصاميم الهندسية المرافقة لملف الطلب حيث يتم منح الترخيص بناء على مدى مطابقته للمقاييس التقنية، ومدى موافقته للمتطلبات الجيولوجية والجغرافية للمنطقة التي سيقام عليها، ومدى تأثيره على البيئة واحترامه وتماشيه مع المخطط العمراني لتلك المنطقة<sup>(4)</sup> وذلك طبقاً لنص المادة 34 من المرسوم التنفيذي 176/91.  
إن أهم الالتزامات الواقعة على عاتق المهندس المعماري، هو التزامه بالأجل المحدد في رخصة البناء لمفهوم المادة 5 من القانون 15/08 المتعلق بتحقيق مطابقة البناءات وإتمام إنجازها، كما يجب على المهندس أن يأمر

(1) - عمرو ي فاطمة ، المسؤولية الجنائية لمشيدي البناء ، مالك البناء ، المهندس المعماري ، و المقاول ، مذكرة ماجستير ، كلية الحقوق ، بن عكنون ، سنة 2000-2001 ، ص190.

بالشروع في إنجاز أشغال البناء قبل فوات سنة من تاريخ تسليم رخصة البناء طبقا للمادة 6 من نفس القانون، كذلك يعد المهندس مخطئا إذا لم يحترم الارتفاع المرخص به.

### ج) عدم مراجعة التصميمات ومطابقة مواد البناء المستعملة للمواصفات الفنية :

إن مضمون التزام المهندس المشرف على التنفيذ يقتضي عدة مهام أهمها :

#### **1- مراجعة التصميمات :**

قد يحتمل التصميم نوعان من العيوب، فإذا كانت هذه العيوب بسيطة، وكان بالإمكان تصحيحه، فلا مانع من القيام بذلك، أما إذا كانت العيوب جسيمة، فهو في هذه الحالة ملزم بعدم التنفيذ، وعليه الرجوع إلى المهندس المصمم، وفي حالة إذا لم يتم هو بالتصميم، وكذلك يتوجب عليه إخطار الجهة الإدارية التي منحت الترخيص بالبناء، وعليه في ذلك انتهاج الطريق الرسمي في عملية التصحيح، بعد موافقة الجهة الإدارية المختصة بالعدليات بذلك وفي حالة إذا كان هذا العيب جسيم لا يحتمل إطلاقا عملية التصحيح فيلتزم هنا إعادة التصميم بكامله.

#### **2- التأكد من مطابقة مواد البناء للمواصفات التقنية والقياسية القانونية :**

ومفاد هذا أنه يقع على المهندس المشرف على التنفيذ مراقبة نوعية المواد المستخدمة للبناء وعليه رفض استعمال هذه المواد وذلك لجسامة الأخطار التي يمكن أن يترتب عنها كوارث مادية وبشرية، ويكون إعلام هذا الرفض للمقاول عن طريق تحرير أمر بالخدمة كما رأينا مسبقا، وكذا تبليغ الجهات الإدارية المختصة بشؤون البناء والمختصة إقليميا، وإخطار كذلك رب العمل من أجل اتخاذ كل الاحتياطات اللازمة لذلك سواء القانونية أو الإدارية إن التزم المهندس بمراقبة مدى صلاحية المواد للاستعمال للغرض المخصص له، ومطابقتها للمواصفات

الفنية المحددة في المقاييس هو التزام جوهري في مهمة الإشراف على التنفيذ

وقد قضت محكمة النقض الفرنسية في بعض أحكامها، أن يمارس المهندس في هذا الشأن رقابة جدية، وتطبيقا لهذا المفهوم فرضت بعض المحاكم على المهندس في الحالة التي يكون فيها الخشب هو المادة الأساسية التي من المفروض أن ينفذ جزءا من الأعمال كأسقف المباني مثلا، أن يتحقق من سبق معالجة هذه الأخشاب ضد الحشرات المسببة للتعفن (1).

(1) - د. شكري سرور، المرجع السابق، ص74.

البند 3: الالتزامات المشتركة بين المقاول والمهندس المعماري

أولاً: الالتزام بالنصيحة لرب العمل :

من بين الالتزامات الجوهرية المفروضة على المقاول والمهندس المعماري هو الالتزام بالنصيحة والإرشاد لرب العمل بصفتها الأدرى بشؤون العمران.

فمفهوم النصيحة في اللغة هي الرأي الذي يُبدي (إعطاء) إلى شخص ما بشأن ما يجب أن يفعل، إما القيام بعمل أو الامتناع عن العمل ويقابل هذا المعنى في اللغة الفرنسية *conseil* وبالإنجليزية *advance*. إن المقاول يتعهد بالنصيحة باعتبار أنه دائم التواجد بمواقع العمل على خلاف المهندس المعماري، ما يسمح له باكتشاف العناصر المعيبة وغير الملائمة للغرض أو الخطر عند تنفيذ الرسومات أو تنفيذ أوامر المهندس أكثر مما قد يظهر عملاً للمهندس المعماري، هذا علاوة أن بعض المقاولات أحياناً تملك تخصصاً فنياً في غاية الدقة يفوق التخصص الفني المعماري نفسه<sup>(1)</sup>.

كذلك المهندس المعماري يكون متعهداً بالنصيحة على وجه الخصوص باعتبار ما يمثله من مستوى أعلى في تخصصاته الفنية التي تفرض عليه مباشرة دور أساسي في إنجاز الأعمال سواء من خلال وضعه للمشروع التمهيدي للبناء يتجانس مع العناصر المتعذر إنجازها أو لتجنب المخاطر المترتبة على التصورات الفنية الموضوعة أو سواء من خلال الإشراف على التنفيذ<sup>(2)</sup>.

إن الالتزام بالنصيحة يخضع لمبدأ النسبية، فالمقصود بالنسبية في المال العمري أي نسبة الالتزام بالنصيحة، هو أن مضمون ونطاق اتساع هذا الالتزام يختلف من مشيد إلى آخر، ومن مجال عن آخر من مجالات التشييد، ولكن ما هي الاعتبارات العملية، وراء نشوء مبدأ النسبية؟

(1) - Karila (Jean-Pierre), responsabilité des constructeurs, Paris, 1979, p5.

(2) - . أحمد عبد التواب جت، رسالة دكتوراه "الالتزام بالنصيحة في نطاق التشييد"، جامعة الزقازيق، مصر، ص 295.

1) الإعتبرات العملية وراء نشوء نسبة الإلتزام بالنصيحة في المجال العمراني :

• الاعتراف الأول:

هو التخصص الفني في البناء، فبمقدار درجة التخصص الفني للمشيّد، يتحدد نطاق ومضمون التزامه بالنصيحة.

فالمهندس، وهو المشيّد صاحب القدر الأكبر من التخصص الفني، نجد التزامه بالنصيحة يقوم في مجالات تشييدية لا تقوم للمشيدين الآخرين، بالإضافة إلى أن مضمون التزامه بالنصيحة في المالات المشتركة مع المساهمين معه في عملية البناء يكون له مضمون أكثر شدة من إلتزام باقي المشيدين الآخرين بالنصيحة<sup>(1)</sup>.

كذلك المرقى العقاري بحكم تخصصه المعماري، يكون في مركز المقاول (المشيّد) إزاء رب العمل غير المتخصص، والعكس بالعكس لا يكون له إلا مركز رب العمل الأقل تخصصاً إزاء المقاول والمهندس المعماري.

إن مضمون التزام المقاول والمهندس بالنصيحة تجاه رب العمل غير المتخصص يتضمن معنى أكثر شدة عن مضمون التزام المشيدين بالنصيحة إزاء بعضهم بعضاً بحكم العنصر السليبي لمبدأ التخصص المهني<sup>(2)</sup> وهو مدى تخصص الدائن بالنصيحة، فالتزام متخصص إزاء متخصص أقل شدة، من التزام المتخصص إزاء غير المتخصص، أي التزام المقاول والمهندس المعماري إزاء رب العمل عادة.

• الاعتراف الثاني :

طبيعة الإلتزام بالنصيحة بوسيلة أو بنتيجة، إن الإلتزام بالنصيحة ذو طبيعة متغيرة، تارة يكون بنتيجة وتارة يكون بوسيلة تبعاً لمضمون الإلتزام بالنصيحة، فعندما يتعلق الأمر بضرورة رفض التنفيذ يكون الإلتزام بتحقيق نتيجة، وعندما يكون مضمون الإلتزام بالأخبار أو التحذير يكون الإلتزام بوسيلة.

• الاعتراف الثالث :

طبيعة القانون (قانون عام وقانون خاص)، فالإلتزام بالنصيحة في نطاق القانون الخاص، يتمتع بمعنى أكثر شدة من مضمون الإلتزام نفسه في نطاق القانون العام، فعادة يأخذ هذا الإلتزام في نطاق القانون العام سوى صورة الإلتزام بالتحفظ كالتزام بوسيلة حين أن الإلتزام بالنصيحة في القانون الخاص يعرف صورة الإلتزام برفض التنفيذ كالتزام بنتيجة<sup>(3)</sup>.

(1) - د. أحمد عبد التواب حجت، المرجع السابق، ص 298.

(2) - د. أحمد عبد التواب حجت، المرجع السابق، ص 299.

(3) - د. أحمد عبد التواب حجت، المرجع السابق، ص 200.

## 2) مضمون التزام المشيد بالنصيحة إزاء مشيد آخر :

إن المبدأ العام في التزام المشيد بالنصيحة لا يقتصر على التزامه إزاء عميله رب العمل، بل يتسع ليشمل كذلك التزامه بالنصيحة تجاه المشيدين الآخرين معه في نفس عملية البناء، ولكن هل مضمون الالتزام بالنصيحة هو نفسه بين المشيدين.

لقد قلنا سابقاً أن الالتزام بالنصيحة في قطاع الخاص هو الالتزام بتحقيق نتيجة يتمثل في صورة رفض التنفيذ، ولكن هذا الالتزام (رفض التنفيذ) بالمعنى الدقيق لا يكون إلا إذا كان هناك تفاوت في التخصص المهني كالعلاقة بين المقاول الذي يتمتع بقدر عالي من التخصص مع علاقته برب العمل، إلا أنه إذا كانت العلاقة تجمع بين مهنتين في مجال البناء كالمقاول والمقاول من الباطن، فإن هذا الالتزام (النصيحة)، سيقف عند مرتبة الالتزام بالتحفظ والتحذير، وأن فيه الكفاية لإبراء ذمته من الالتزام بالنصيحة<sup>(1)</sup>، ويظهر ذلك من خلال أحكام القضاء الفرنسية، فتارة يستعمل كلمة "يحذر" "أن يحذر المقاول من الباطن المتخصص في أعمال الرصاص، المقاول الأصلي ضد المخاطر التي يمكن أن تلحق بمواسير الرصاص من جراء عملية صب الخرسانة"<sup>(2)</sup>.

وكذلك قضت محكمة النقض الفرنسية أن: "المقاول الذي يتبين له خلال تنفيذ التزامه في التربة، أن التربة غير متجانسة لاحتوائها على مخزون ماء (مياه جوفية)، ولم يحذر لا المعماري (المهندس)، ولا المكاتب الهندسية بخطر طبيعة التربة...".

وتارة أخرى، يستعمل القضاء بعض مشتقات فعل "يحذر" مثل "ينبه"، "يلفت انتباهه"، فقضت "أن المقاول يجب عليه أن يلفت نظر المعماري إلى المخاطر أو المضار التي يمكن أن تتولد عن تنفيذ أوامره وتعليماته الخاطئة"، وقضت كذلك: "أن يلتزم المقاول من تلقاء نفسه لمساعدة المقاول الآخر فيما يحتاج إليه من ملاحظات وتوجيهات ضرورية لتنفيذ العمل على الوجه الصحيح".

إذا كان المبدأ العام في الالتزام بالنصيحة بين المشيدين هو فقط يأخذ صورة التحذير و التنبيه إلا أنه ، هناك استثناء عن هذا الأصل، فيأخذ هذا الالتزام التحذير والتنبيه والتحفظ صورة الرفض ويكون في حالتين :

### أ) الحالة الأولى :

التزام المهندس المعماري إزاء المشيدين الآخرين يأخذ دائماً التزامه بالنصيحة بالمعنى الدقيق برفض تنفيذ الأعمال عند الضرورة على اعتبار أن المهندس المعماري بصفته صاحب التخصص الفني الأعلى بين المشيدين الآخرين.

(1) - د. جت عبد التواب ، المرجع السابق ، ص 201.

(2) - د. أحمد عبد التواب جت، المرجع السابق، ص 299.

**ب) الحالة الثانية :**

التزام المقاول بالنصيحة أمام المهندس المعماري بشأن الرسومات المرتبطة بالأساسات بحسب طبيعة التربة، فالمقاول تُفرض عليه صفة المهنية، الالتزام بالنصيحة ومراجعة رسومات المهندس قبل تنفيذها متى كان تخصصه وخبرته الفنية تسمح له بأن يضع في اعتباره عدم كفاية الرسومات، فالمقاول عليه على الأقل إبداء التحفظات وعند الضرورة رفض التنفيذ.

**3) التزام المرقى العقاري بالنصيحة :**

وهنا يُطرح إشكال بشأن مضمون التزام المرقى العقاري *Le promoteur*، فهل يأخذ حكم التزام المشيد بالنصيحة تجاه رب العمل بالمعنى الضيق برفض التنفيذ؟ أو حكم التزام المشيد بالنصيحة تجاه مشيد آخر بالمعنى الواسع بالتحفظ والتحذير لا أكثر؟ إن الرأي الراجح لدى الفقه والقضاء، أن المرقى العقاري ذا صفة مزدوجة، فهو مقاول في مواجهة رب العمل، باعتباره يجوز قدر من المعارف الفنية، في المقابل له صفة رب العمل في مواجهته المقاولين، والمهندسين المعماريين باعتباره وإن كان متخصصا إلا أنه ليس له تخصص فني واضح ودقيق، وعليه، سنجري بشأنه حكم رب العمل غير المتخصص في البناء، ومن هنا لزم التفرقة بين فرصتين أساسيتين :

**الفرض الأول :**

إن المتعهد العقاري لا يقوم له تخصص فني دقيق وواضح ويكون في حالة رب العمل غير المتخصص. وفي هذه الحالة يجب على المقاول في حالة الالتزام بالنصيحة بالمعنى الدقيق برفض التنفيذ، فقد قضت محكمة النقض الفرنسية :

"عدم إعفاء مقاول البناء من المسؤولية والذي اقتصر على مجرد تحذير المرقى العقاري (رب العمل) من خطر استخدام مواد البناء المختارة بمعرفته... دون أن يبحث مدى التخصص الفني الواضح في نطاق التشييد، وقام باستعمال مواد البناء تلك معتمدا على تحذيره السابق، فإنه لا يكون قد بذل المقاومة المألوفة في مثل هذه الحالات والمنصوص عليها باللائحة المنظمة للمهنة".

**الفرض الثاني :**

إن المرقى العقاري يكون له تخصص فني واضح ودقيق : فيأخذ هنا حكم رب العمل المشهود عنه التخصص الفني الدقيق في نطاق البناء. ففي فرنسا ذهب الرأي الراجح إلى أن "التزام المشيد بالنصيحة إزاء رب العمل

المتخصص تخصصا واضحا، يتضمن نفس مضمون التزامه بالنصيحة نحو مشيد آخر، وذلك على أساس تخصص الطرفين في مجال البناء، فيلتزم المقاول على كل الأحوال بتحذير رب العمل المتخصص لا أكثر. أما في مصر، فقد ذهب الرأي الراجح مثل الرأي الراجح في فرنسا باعتبار واقعة التفوق السابق لرب العمل على المقاول في الخبرة والتخصص المعماري لا تكفي وحدها لإعفاء المشيد كلية من المسؤولية، فيقع عليه واجب النصيحة، فتحذيره ضد عيوب الرسومات والمواد المقدمة، قبل أن يُقدم على تنفيذها في حالة ما إذا أصر عليها رب العمل رغم تحذيرات المشيد له.

### ثانيا: التأمين من المسؤولية في مجال البناء

إن التأمين من المسؤولية في مقاولات البناء يعد صورة من صور التأمين من المسؤولية، حيث يتحمل المؤمن جميع النتائج المترتبة في حالة الخطر المؤمن منه.

#### أ) مفهوم التأمين من المسؤولية في مجال البناء:

إن التأمين من المسؤولية في مقاولات البناء ، يعد من أهم صورة من صور التأمين من المسؤولية، ذلك لأنه الضرر الذي يلحق بالغير عادة ما يكون جسيماً، ولقد ظهر هذا النوع من التأمين ( من المسؤولية ) في القرن 19 التاسع عشر على أثر إنتشار استعمال الآلات، وتقدم وسائل المواصلات، وما أدت إليه من ازدياد المخاطر وكثرة دعاوى المسؤولية المدنية عن الإصابات التي تحدث للغير<sup>(1)</sup>.

والتأمين كعقد عرفته المادة 619 من القانون المدني الجزائري بقوله بأنه: " عقد يلتزم المؤمن بمقتضاه أن يدفع للمؤمن له، أو الى المستفيد الذي إشتراط التأمين لصالحه مبلغا من المال أو إيراداً، أو أي مبلغ مالي آخر في حالة وقوع الحادث، أو تحقق الخطر المبين في العقد، وذلك مقابل قسط أو أية دفعة مالية أخرى يؤديها المؤمن له للمؤمن"، وإذا رجعنا الى قانون التأمينات الأمر 95-07 المؤرخ في 25 جانفي 1995. في نص المادة 02 أ ما تثبت نفس المفهوم، مع الإشارة إلى أن القانون 04/06 المؤرخ في 20 فيفري 2006 والذي جاء فيه: " إضافة إلى أحكام الفقرة الأولى من هذه المادة، يمكن تقدير الآداء عينا في تأمينات المساعدة والمركبات البرية ذات المحرك".

أما من ناحية تعريف التأمين، من المسؤولية، في مجال المقاولات البناء فإن المشرع الجزائري على غرار التشريعات الأخرى لم يعطى لها تعريفا محددًا، لهذا يمكن تعريف التأمين من المسؤولية في مجال المقاولات البناء، على أنه عقد يلتزم به المؤمن

(1) - د. ابراهيم أبو النجاة، التأمين في القانون الجزائري، الجزء الأول، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 1992، ص 30.

من تجاه المؤمن له في عملية مقاوله البناء - بضمان الأضرار التي تنشأ خلال فترة تنفيذ أعمال المقاولات، وفترة الضمان العشري الناشئة عن رجوع الغير عليه بدعوى المسؤولية في مقاولات البناء، وهذا العقد يغطي جميع الأضرار بسبب المسؤولية المدنية للمؤمن له (المقاول و المهندس) بمناسبة مزاوله لأعمال المقاوله خلال فترة التنفيذ وما بعدها.

(ب): الإلتزام بالتأمين: (المسؤوليات الواجب التأمين عليها):

تنص المادة 175 من الأمر 07/95 المعدل والمتمم أنه: " على كل مهندس معماري ومقاول ومراقب تقني وأي متدخل، شخصاً كان أو معنوياً أن يكتب تأميناً لتغطية مسؤولية المدنية المهنية التي قد يتعرض لها بسبب أشغال البناء... " وتضيف المادة 178 من الأمر نفسه أنه: " يجب على المهندسين المعماريين والمقاولين وكذا المراقبين التقنيين، إكتساب عقد لتأمين مسؤوليتهم العشرية المنصوص عليها في المادة 554 ق . م . ج .. " كما تعاقب المادة 185 من نفس الأمر على عدم الإمتثال لهذه الإلزامية بغرامة مالية يتراوح مبلغها من 5000 إلى 100.000 دج وذلك دون الإخلال بالعقوبات الأخرى التي يمكن أن تطبق في شأنه ووفقاً للتشريع المعمول به، من خلال هذه النصوص نستشف الطابع الإلزامي لعقد تأمين من مسؤولية مقاوله البناء ومدى تعلقه بالنظام العام، وبجيث لا يمكن الإعفاء من هذا الإلتزام أو إنقاصه، بل أكثر من ذلك يجب على صاحب المشروع ( رب العمل ) أن يشترط عند إبرام العقد على المتدخلين في نفس المشروع اكتتاب عقد التأمين لمسؤوليتهم لدى نفس المؤمن، وأن يتحقق من تنفيذ هذا الشرط طبقاً لنص المادة 179 من الأمر السابق ذكره.

ويجب التسليم بأن الطبيعة الإلزامية للتأمين الإجباري و تعلقه بالنظام العام تؤدي إلى استبعاد القواعد العامة من فسخ، وتعديل العقود، فالطبيعة الآمرة للتأمين تخرجنا منذ البداية من دائرة نطاق مبدأ سلطان الارادة.

الأصل أن تأمين المقاول والمهندس المعماري إلزامي لهما وكل المتدخلين في عملية البناء طبقاً لنص المادة 175 و 178 من الأمر 07/95 المعدل والمتمم غير أنه بالرجوع إلى نص المادة 182 من الأمر السابق نجدها قد استثنت بعض الأشخاص من إلزامية التأمين، وهم:

- " الدولة والجماعات المحلية؛
- الأشخاص الطبيعيين عندما يبنون مساكن خاصة للإستعمال العائلي؛
- على أن تحدد قائمة المباني المعفاة من إلزامية التأمين بنص تنظيمي؛
- الدولة والجماعات المحلية التابعة لها.

النوع الأول: الدولة والجماعات المحلية:

يقصد بالجماعات المحلية أو الإدارة المحلية بأما أسلوب إداري يكفل توفير قدر من الإستغلال للهيئات المحلية فيما تباشره من إختصاصات محددة في مجال الوظيفة الإدارية التي تضطلع بها السلطة المركزية في الدولة ، أساساً هدف تنمية مجتمعا وإشباع حاجات أفرادها مع خضوع هذه الهيئات لقدر من الرقابة من السلطة المركزية<sup>(1)</sup> فقد تباشر هذه الجماعات بإبرام عقود مقاولات فأغلب هذه المشاريع يكون غرضها أو تكون مخصصة للمنفعة العامة وتابعة للقطاع العام، كما يمكن أن تكون هذه المباني متعلقة بالدفاع الوطني.

النوع الثاني: الأشخاص الطبيعيون عندما يبنون مساكن خاصة، للإستعمال العائلي، حيث مشروع بناء مسكن شخصي لا يتطلب تكاليف وإمكانات ضخمة، مثل المشاريع الكبرى، فكلما كبر المشروع زادت إحتمال التعرض للمخاطر ولإصابات، ولهذا أعفى المشرع الأشخاص الطبيعيون من اكتتاب عقد التأمين لتغطية المخاطر نظراً لقلّة احتمال تعرض الأشخاص والممتلكات للخطر.

النوع الثالث: عملاً بأحكام المادة 182 من الأمر 07/95 قد أصدر المشرع مرسوم تنفيذي رقم 49/96 بتاريخ 17 يناير 1996 الذي يحدد قائمة المباني العمومية التي يعرض أصحابها الطبيعيون أو المعنويون من إلزامية التأمين من المسؤولية المهنية والعشيرية. وطبقاً للمادة 2 من هذا المرسوم تعفى من إلزامية التأمين في مجال البناء المباني: الجسور، الأنفاق، السدود، القنوات، الطريق، الطرق السريعة، الحواجز المائية، التلية، الموانئ والمرافئ ومباني الحماية، قنوات نقل المياه، خطوط السكك الحديدية، مدرجات هبوط الطائرات.

(1) - د. خالد ممدوح ، البلديات والمحليات في ظل الأدوار الجديدة للحكومة. القاهرة. المنظمة العربية لمنظمة العربية للتنمية. 2009. ص 270.

ج: أنواع المسؤوليات الواجب التأمين عليها في المجال المعماري:

سوف نتناول في هذه الدراسة أنواع المسؤولية التي ألزم بها المشرع المقاول والمهندس المعماري بتغطيتها:

1. التأمين على المسؤولية المدنية المهنية:

يجب التمييز بين تأمين الأشغال والبنية المراد تشييدها والتأمين على المسؤولية المدنية المهنية، فالأولى تعني التأمين على الآلات والمعدات الموجودة في الورشة ومواد البناء سواء قدمها صاحب المشروع أو قدمها المقاول فحولت المادة 29 من الأمر 07/95 ، لكل شخص له مصلحة مباشرة أو غير مباشرة في حفظ المال أو في عدم وقوع خطر أن يؤمنه.

أما الثاني وهو التأمين على المسؤولية المدنية المهنية، فيتضمن الأضرار الجسدية والمادية التي تصيب الغير أثناء تنفيذ المشروع، وطبقاً للمادة 1/175 من الأمر رقم 07/95 يجب على كل مقاول سواء كان شخصاً طبيعياً أو معنوياً . أن يكتب تأميناً لتغطية مسؤوليته المدنية المهنية التي قد يتعرض لها بسبب أشغال البناء وتحديد البنائيات أو ترميمها، ويمتد هذا التأمين بخصوص إنجاز الأشغال من يوم فتح الورشة إلى غاية الإستلام النهائي للأشغال طبقاً لنص المادة 177 من الأمر 07/95 المتعلق بالتأمينات . وعلى المقاول أن يثبت، وقت فتح الورشة بأنه قد اكتتب عقداً لتأمين مسؤوليته المدنية المهنية، كما يعد كل عقد تأمين اكتتب بموجب المادة 1/175 أعلاه متضمناً لشرط يضمن سريان العقد لمدة المسؤولية الملقاة على عاتق الأشخاص الخاضعين للإلزامية التأمين ولو اتفق على خلاف ذلك.

ويشمل التأمين على المسؤولية المدنية المهنية، مختلف الأضرار الجسدية والمادية التي قد تلحق الغير أثناء تنفيذ المشروع، مع مراعاة المؤمن لبعض الإحتياطات الواجبة لتجنب وقوع الضرر والحوادث كالمحافظة على حسن سير الآلات والمعدات اللازمة لتنفيذ المشروع، والإمتثال للشروط العامة لعقد التأمين.

وطبقاً للمرسوم 414/95<sup>(1)</sup>: يجب أن يغطي هذا التأمين المسؤولية الناشئة عن الدراسات والتصاميم في الهندسة المعمارية وعلى الدراسات والتصورات الهندسية ، وكذا المسؤولية الناشئة عن تنفيذ أشغال البناء بمختلف أنواعها من حيث صلابتها ورسوخها أو من حيث أي شيء آخر من شأنه أن يعرض أمن المنشآت للخطر، ويغطي التأمين أيضاً المسؤولية الناشئة عن المراقبة المستقرة لنوعية مواد البناء، وعن الرقابة التقنية لتصميم المنشآت وعن متابعة ورشات البناء وترميم المباني<sup>(2)</sup>.

(1) - المرسوم التنفيذي رقم 414/95 المؤرخ في 09 ديسمبر 1995. المتعلق بإلزامية التأمين في البناء من مسؤولية المتدخلين المدنية والمهنية ج.ر.ع. 76 لسنة 1995.

(2) - المادة 2 من المرسوم التنفيذي 414/95 السابق.

## 2. التأمين على المسؤولية العشرية:

إضافة لما تقدمنا به في مجال التأمين عن المسؤولية المدنية المهنية يلزم كذلك المقاول والمهندس المعماري بإكتتاب عقد التأمين آخر، يسمى التأمين من المسؤولية العشرية المنصوص عليها في المادة 554 ق.م.ج ويبدأ سريان هذا التأمين من تاريخ الإستلام النهائي للمشروع على أن يستفيد منه صاحب المشروع الملاك المقالين له.

### المطلب الثاني: نطاق المسؤولية العقدية للمقاول و المهندس عن فعل الغير (المساعدين

#### أو الأعوان )

سوف نتطرق إلى ثلاث نقاط الأولى، مدى حق المقاول في الاستعانة بالأعوان والثانية، تمييز أعوان المقاول عن المقاول الفرعي، والثالثة، طبيعة مسؤولية المقاول عن فعل الأعوان.

### الفرع الاول: مدى حق المقاول في الاستعانة بالأعوان

يقصد بالأعوان في نطاق عقد المقاولة، الأشخاص الذين يستعين بهم المقاول لغرض مساعدته ومعاونته في تنفيذ التزاماته العقدية الناجمة عن عقد المقاولة، من خلال قيامه بإنجاز بعض الأعمال المادية أو القانونية التي من شأنها أن تساهم في مساعدة المقاول في إنجاز الأعمال التي يكون (المقاول) مكلفا بها بموجب عقد المقاولة كاستعانة المقاول بمجموعة من العمال الذين يقومون بمساعدته في بناء منزل<sup>(1)</sup>.

إن حق المقاول في الاستعانة بالأعوان ثابت له على الرغم من عدم إيراد القانون المدني الجزائري نصا صريحا يقضي بحق المقاول في الاستعانة بالأعوان أو المساعدين، إذ يمكن استخلاصه ضمنا من خلال النصوص الآتية :

1) نص المادة 2/552 ق.م.ج : "وعلى المقاول أن يأتي بما يحتاج إليه في إنجاز العمل من الآلات وأدوات إضافية ويكون ذلك على نفقته، هذا ما لم يقض الاتفاق أو عرف الحرفة بغير ذلك"، يرى بعض الشراح ضرورة تفسير عبارة (الأدوات والآلات) الواردة في هذه الفقرة تفسيراً واسعاً لا تفسيراً ضيقاً، وذلك بعدم قصر معناها على مجرد الأدوات أو المهمات المتعارف عليها، بل يشمل ذلك قيام المقاول بتوفير كل ما هو ضروري لإنجاز العمل، بحيث يشمل استعانتة بالأعوان أو المساعدين.

2) نص المادة 2/178 ق.م.ج بقولها : "... يجوز للمدين أن يشترط إعفائه من المسؤولية الناجمة عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه"، حيث تقرر هذه الفقرة حق المدين

(1) - د. محمد جعفر، المرجع السابق، ص168.

من أجل تنفيذ الالتزامات العقدية الناشئة عن العلاقات العقدية في الاستعانة بالمستخدمين الذين يمارسون دوراً مهماً في تمكين المدين من تنفيذ الالتزامات، من خلال تقديم العون أو المساعدة الضرورية له.

3) نص المادة 564 ق.م.ج السالفة الذكر "يجوز للمقاول أن يوكل تنفيذ العمل في جملته أو في جزء منه إلى مقاول فرعي إذا لم يمنعه من ذلك شرط في العقد أو لم تكن طبيعة العمل تفترض الاعتماد على كفاءته الشخصية" فلما كان مضمون هذه الفقرة يقضي بإجازة قيام المقاول إيكال أعمال المقاوله كلها أو في جزء منها إلى الغير (المقاول الفرعي) الذي يقوم بإنجاز العمل بصورة مستقلة عن المقاول الأصلي فإنه ومن باب أولى، أن يكون من حق المقاول الاستعانة بالأعوان المساعدين الذين يخضعون في أثناء مساعدتهم لإشراف المقاول وتوجيهه المباشر<sup>(1)</sup>.

### الفرع الثاني: تمييز أعوان المقاول عن المقاول الفرعي :

إن أعوان المقاول والمقاول الفرعي يختلفان في عدة نقاط أهمها :

#### 1- من حيث مدى حق المقاول في الاستعانة بهم :

المقاول يتمتع عن الاستعانة بالمقاول الثانوي إذا ما وجد اتفاق ينص على ذلك أو كانت طبيعة العمل طبقاً لنص المادة 564 ق.م.ج "أن تكون شخصية المقاول محل اعتبار، غير أنه إذا تعلق الأمر بالمساعدة أو العون، فإن المقاول يستطيع اللجوء إليهم بغض النظر على العقد فيما إذا كان يتضمن شرط المنع السابق ذكره أم لا.

#### 2- من حيث الخضوع لإشراف المقاول :

إن المقاول الفرعي يعمل بصورة مستقلة عن المقاول الأصلي، بينما المساعد أو العون، فيكون خاضعاً لتوجيه ورقابة المقاول، طبقاً لرابطة التبعية.

#### 3- من حيث طبيعة العقد الذي يربطهم بالمقاول :

قد يلجأ المقاول لأشخاص للقيام بتنفيذ أحد الأعمال، حيث لا يستطيع القيام بها لوحده، أو أن يعهد إلى شخص القيام بكل العمل الذي التزم بإنجازه، كما لو عهد المقاول الملتمزم ببناء عمارة سكنية، إكمال أساس هذه العمارة إلى مقاول فرعي، و تشييد هيكل العمارة إلى مقاول آخر وهكذا...، إذ يكون المقاول الذي تعاقد مع صاحب

(1) - د. محمد جعفر، المرجع السابق، ص 169.

العمل هو المقاوم الأصلي، والمقاوم الذي عهد إليه إنجاز العمل بالمقاوم الثانوي، حيث يكون العقد المبرم بينهما هو عقد "المقاومة الفرعية"، في حين يكون ما يربط بين مستخدمي المقاوم الأصلي من عمال وفنيين ومهندسين الذين يستعملهم لمساعدته في تنفيذ عمله وما بينه، هو عقد عمل وليس مقاومة.

### الفرع الثالث : طبيعة مسؤولية المقاوم عن فعل الأعوان أو المساعدين

لأعوان المقاوم ومساعديه دور في المساهمة في تنفيذ الالتزامات العقدية الناشئة عن عقد المقاومة، ودورهم هذا قد تحقق بإرادة المقاوم نفسه الذي قام بإدخالهم وإشراكهم في تنفيذ التزامه العقدي، ومن ثم فإن فعل الإخلال الصادر عنهم والذي يكون من شأنه عدم تنفيذ المقاوم لالتزاماته العقدية يمثل سببا يوجب مساءلة المقاوم من قبل رب العمل<sup>(1)</sup>.

غير أن الخلاف قد حصل حول طبيعة مسؤولية المقاوم عن فعل أعوانه ومساعديه فيما إذا كانت هذه المسؤولية مسؤولية عقدية عن فعل الغير، أم مسؤولية تقصيرية عن فعل الغير؟ لقد اعتبر بعض الشرّاح أن مسؤولية المقاوم عن أفعال مساعديه ومعاونيه لا تعدو أن تكون إلا مسؤولية تقصيرية عن فعل الغير، وحثتهم في ذلك أن المساعدين يخضعون لإشراف المقاوم مباشرة وتوجيهه، أي أنه توجد علاقة تبعية تربط بين الأعوان أو المساعدين وما بين المقاوم<sup>(2)</sup>، وفي الواقع أن الأمر غير ذلك، صحيح أنه يكفي لقيام المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير قيام العلاقة التبعية ما بين المسؤول ومحدث الضرر، إلا أن ذلك لا يكون إلا في حالة ما إذا كان الفعل الضار قد لحق شخصا لا توجد فيما بينه وبين المسؤول عن فعل الغير علاقة عقدية مسبقة، أما إذا انصب الفعل الضار الصادر عن تابع المدين على أحد الالتزامات العقدية المترتبة في ذمة المدين لصالح دائئه الذي لحقه الضرر، فإن رجوع المضرور في هذه الحالة (الدائن) على المسؤول سيكون طبقا لأحكام المسؤولية العقدية عن فعل الغير، وليس طبقا لأحكام المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير، حتى وإن كانت العلاقة التبعية قائمة ما بين شخص المسؤول والغير ومحدث الضرر<sup>(3)</sup>.

(1) - د. محمد جعفر، المرجع السابق، ص174 نقلا عن سعيد عبد السلام، المسؤولية المدنية للمحامي عن أخطاء مساعديه، سنة 1995. ص31.

(2) - د. محمد جعفر، المرجع السابق، ص176.

(3) - د. حسن الدنون، الميسوط في شرح القانون المدني، المسؤولية عن فعل الغير، دار وائل للنشر، سنة 2006، عمان، 78.

فما يميز المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير، عن المسؤولية العقدية عن فعل الغير، هو أن المسؤولية الأخيرة تثار إذا ما انصب فعل الإخلال على أحد الالتزامات المدين العقدية، في حين تقوم المسؤولية الأولى إذا ما وقع الإخلال خارج نطاق <sup>(1)</sup>الالتزامات، ولتوضيح ذلك نضرب المثالين التاليين :

**المثال الأول :** قام المقاول بالاستعانة بأحد الأشخاص لمساعدته في تنفيذ التزامه العقدي، فأرسل مساعده لطلب المواد اللازمة لإنجاز العمل، وفي الطريق وبسبب قيادته المتهورة للسيارة، اصطدم بسيارة رب العمل وألحق ما ضررا، هنا يكون المقاول الأصلي مسؤول أمام رب العمل طبقا لأحكام المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير، أي "مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع"، إذا ما توافرت بقية شروطها، لأن الإخلال الصادر من المساعد لا يتعلق بأحد الالتزامات العقدية الناشئة عن العقد الذي يربط ما بين المقاول ورب العمل.

**المثال الثاني :** قام مقاول بالاستعانة بأحد المساعدين بمساعدته في صبغ الجدار محل عقد المقاول، وبسبب عدم خبرة المساعد قام بصبغ الجدار بشكل مخالف لما تم الاتفاق عليه مع رب العمل، مما ألحق الضرر برب العمل، في هذه الحالة يكون المقاول مسؤولا عن عمل مساعده هذا، ومسؤوليته في هذه الحالة مسؤولية عقدية، عن فعل الغير، وليست مسؤولية تقصيرية، عن فعل الغير، ذلك لأن فعل المساعد إخلالا بالالتزام المقاول الناشئ عن عقد المقاول <sup>(2)</sup>.

(1) - د. حسن الذنون، المرجع السابق، 78.

(2) - د. عدنان إبراهيم سرحان، شرح القانون المدني، العقود المسماة، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع، سنة 2001، عمان، ص 94.

المطلب الثالث: مسؤولية المقاول العقدية عن أخطاء المقاولين الفرعيين (الباطن):

الفرع الأول: مفهوم عقد المقاولة من الباطن:

البند 1: تنظيم عقد المقاولة الفرعية في القانون

تفترض المقاولة من الباطن وجود عقدين متتابعين *contrat successif* لهما طبيعة قانونية واحدة وهي المقاولة، وثلاثة أطراف العقد الأولى هو العقد الأصلي يبرم بين طرفين هما: صاحب العمل والمقاول الأصلي الذي يسمى بالمتعاقد المشترك لأنه يشترك في العقدين معا.

والعقد الثاني وهو الذي يبرم بين المقاول الأصلي وبين أجنبي عن العقد الأصلي هو المقاول من الباطن (الفرعي). وبالرجوع لنصوص القانون المدني الجزائري المنظم لعقد المقاولة يتضح أما لم ترد تعريفا خاصا لعقد المقاولة من الباطن على غرار التعريف التشريعي لعقد المقاولة<sup>(1)</sup> ولعل السبب في ذلك يرجع إلى أن المشرع الجزائري لم يضع نظرية عامة للتعاقد من الباطن وإنما أورد تطبيقات خاصة، ووضع حلولاً عملية لكل حالة على حدة. وأمام عدم وجود تعريف تشريعي فقد تصدى الفقه لتعريف عقد المقاولة من الباطن فعرّفها بأنه "ذلك العقد الذي يعهد فيه المقاول إلى شخص أجنبي عن عقد المقاولة يسمى المقاول من الباطن بتنفيذ كل أو بعض الأعمال الموكولة إليه"<sup>(2)</sup>.

وقد عرفه جانب من الفقه بأنه: "ذلك العقد الذي بمقتضاه يتعامل المقاول الذي عهد إليه بتنفيذ العمل مع مقاول آخر من أجل تنفيذ العمل كلاً أو جزء منه"<sup>(3)</sup>. وفي هذا الصدد نشير إلى أنه رغم تسمية المقاول الثاني بالمقاول من الباطن وهي الأكثر شيوعاً في القوانين المدنية وفي الفقه، كونه المصطلح المألوف والمتعارف عليه بين الأفراد في الحياة العملية، إلا أن المشرع الجزائري أسماه بالمقاولة الفرعية<sup>(4)</sup> في نص المادة 564 ق.م.ج.

(1) تعريف المادة 549 ق.م.ج "المقاولة عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين..."

(2) د. عبد الرزاق السنهوري، الجزء السابع، ص262 وما بعدها

(3) د. محمد مرسي، العقود المسماة، الجزء الرابع، الطبعة الأولى، دار النشر الجامعات المصرية، سنة 1953، ص529.

(4) أطلق عليه في القانون المدني الأردني في المادة 799 "بالمقاول الثاني" بينما في القانون العراقي عبارتي "مقاول المقول" و"المقاول

الثاني" وفي القانون السوري "المقاول الثانوي" في حين سماه القانون المصري "المقاول من الباطن".

البند 2: مسؤولية المقاول الأصلي العقدية عن أعمال المقاول الفرعي :

إن التطورات الحديثة في مجال المقاولات وخاصة في مجال إنشاءات المباني الضخمة، جعلت من قيام المقاول الأصلي بمفرده بتنفيذ التزامه إن لم يكن مستحيلاً فهو صعب المنال، لذلك لا مناص من أن يلجأ إلى عدد من المقاولين الفرعيين للاستعانة بهم في تنفيذ التزامه التعاقدية مع رب العمل<sup>(1)</sup>، ويقتضي هذا الاعتراف بمسؤولية المقاول الأصلي عن الأخطاء التي يرتكبها من يستخدمهم في تنفيذ عقد المقاول، لأنه لو لم يسأل المقاول الأصلي لترتب على ذلك نتيجة في غاية الخطورة ألا وهي أنه لن يكون مطلوباً من المقاول الأصلي (المدين) الذي يرغب في التنصل من التزاماته سوى أن يعهد بالغير (المقاول الفرعي) ولا يسأل عنه وفي ذلك خطورة على مبدأ القوة الإلزامية للعقد، ووجوب احترامه من قبل أطرافه<sup>(2)</sup>.

وإذا كان مبدأ المسؤولية العقدية عن فعل الغير مقرراً كمبدأ في كل العقود فإنه يجب أن يقرر أيضاً في نطاق مجموعات العقدية، وبما أن عقد المقاول الفرعية يشكل مع عقد المقاول الأصلي مجموعة عقدية، تتكون من عقدين فإنه يتعين الاعتراف بهذه المسؤولية في نطاق عقد المقاول من الباطن (الفرعية)<sup>(3)</sup>، حيث أن الأخير ما وجد إلا لتنفيذ عقد المقاول الأصلي، والمسؤولية العقدية عن فعل الغير ما تقوم إلا لتغطي أخطاء الأشخاص الذين يستخدمهم المدين (المقاول الأصلي) في تنفيذ العقد<sup>(4)</sup>.

فإقرار مبدأ المسؤولية العقدية عن فعل الغير في نطاق مجموعة العقدية التي تتكون من عقد أصلي وعقد من الباطن معترف بالجزء منه إلى مقاول فرعي إذا لم يمنعه من ذلك شرط في العقد، أو لم تكن طبيعة العمل تفترض الاعتماد على كفاءته الشخصية ولا عن المقاول الفرعي تجاه رب العمل".

فهذا النص صريح في أن المقاول الأصلي مسؤولاً عن أفعال المقاول من الباطن (الفرعي) في مواجهة رب العمل، ولهذا يرى الفقه أن مسؤولية المقاول الأصلي عن المقاول من الباطن في مواجهة مسؤولية عقدية<sup>(5)</sup>، حيث يسأل المقاول الأصلي في مواجهة رب العمل عن أخطاء المقاول من الباطن (الفرعي) كما لو أنه هو القائم بالتنفيذ<sup>(6)</sup>.

ويكفي لقيام هذه المسؤولية وقوع إخلال بالالتزام الناشئ عن العقد ينسب إلى أي نوع من هؤلاء الأشخاص، ولو لم ينسب للمقاول الأصلي أي خطأ.

(1) - د. غازي أبو عرابي، المقاول من الباطن، الطبعة الأولى، سنة 2009، ص 132.

(2) - د. محمود زكي، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، الطبعة الثالثة، سنة 1978، ص 376.

(3) - د. غازي أبو عرابي، المرجع السابق، ص 133.

(4) - د. غازي أبو عرابي، المرجع السابق، ص 133.

(5) - د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 279.

(6) - د. شكري سرور، المرجع السابق، ص 127.

أخيراً، نشير أن موقف الشريعة الإسلامية لا يختلف عن موقف القانون المدني في هذا الصدد حيث يبقى الأجير المشترك الأول (المقاول الأصلي) مسؤولاً أمام صاحب العمل عن عمل الأجير المشترك الثاني بالإضافة إلى مسؤوليته عن تنفيذ العقد<sup>(1)</sup>.

### الفرع الثاني: مدى إمكانية إعفاء المقاول الأصلي من مسؤولية المقاول الفرعي:

إذا توافرت جميع أركان مسؤولية المقاول الأصلي العقدية، عن فعل المقاول الفرعي نحو رب العمل، تقوم المسؤولية بلا شك، غير أن السؤال الذي يطرح في هذا الصدد، حول ما مدى إمكانية الإعفاء من هذه المسؤولية والآثار المترتبة عنها في حالة ثبوته؟

#### أولاً: مدى إمكانية إعفاء المقاول الأصلي من المسؤولية عن فعل المقاول الفرعي:

إن المشرع الجزائري، لم ينص في أحكام تعديل المسؤولية العقدية عن فعل الغير سوى حالة الإعفاء، حيث أجازت المادة 2/178 ق.م.ج، ذلك أن يعفي المدين من تحمل مسؤولية الخطأ الجسيم والخطأ العمدي الذي يصدر من الأشخاص الذين يستخدمهم في تنفيذ التزاماته، في حين أن الإعفاء من المسؤولية العقدية عن الفعل الشخصي لا يشمل سوى الخطأ التافه واليسير بمعنى إذا كان عدم التنفيذ راجع إلى غش المدين أو خطئه الجسيم كان شرط الإعفاء باطلاً.

إن القضاء الفرنسي لا يسمح للمدين أن يشترط إعفاءه من مسؤوليته العقدية متى كان السبب وراء ذلك (عدم التنفيذ) راجعاً إلى خطأ جسيم أو غش سواء صدر من المدين نفسه أو من أحد مساعديه، وسندهم في ذلك أن غش مساعد المدين أو خطئه الجسيم يعامل وكأنه صادر عن المدين شخصياً، حتى يمنع المدين من التهرب من مسؤوليته عن طريق اللجوء إلى الغير لتنفيذ التزاماته، وبذلك يكون المدين ملزماً بتحمل أخطاء الأشخاص الذين يستخدمهم في تنفيذ التزامه مهما كانت درجة الخطأ الذي ارتكبه، ولا يمكنه الادعاء أن فعلهم لم يكن متوقفاً منه أو لا يمكن دفعه مما يشكل قوة قاهرة معفية من مسألته<sup>(2)</sup>.

هذه المبادئ التي رأيناها هي في القواعد العامة، أما إسقاطاً (الشرط، الإعفاء) في مجال المسؤولية المعمارية.. فيرى بعض الفقهاء أن بقاء المقاول الأصلي مسؤولاً عن أعمال المقاول الفرعي هو من الأحكام الرئيسية للمقاولة الفرعية ولا يجوز استبعاده، وحثهم في ذلك هي أن المشرع كان حريصاً على تأكيد هذه المسؤولية إذ خصّها بنص واضح

(1) - د. غازي أبو عرابي، المرجع السابق، ص 134.

(2) - د. علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 179.

وصريح، ضف إلى ذلك أن المقاول الفرعي يعمل بصفة مستقلة فهو ليس كبقية الأشخاص الذين يستخدمهم المقاول الأصلي في تنفيذ التزاماته.

كما يضيف المتمسكون إذا الرأي أن اشتراط المقاول الأصلي ذلك في عقد المقاولة الأصلي لا يبطل الشروط ولا العقد، إنما نكون بصدد تنازل عن العقد لتختفي مجموعة العقدية ويصبح عقد المقاولة الفرعية عقدا أصليا، وم ثم يمكن لرب العمل مساءلة المقاول الفرعي على أساس المسؤولية العقدية<sup>(4)</sup>.

إن اشتراط إعفاء المقاول الأصلي من المسؤولية عن أعمال المقاول الفرعي يؤدي إلى نتائج لا يرتضيها الأطراف، فرب العمل لا يمكنه مساءلة المقاول الأصلي إعمالا لشروط الإعفاء، كما أنه لا يمكنه مساءلة المقاول الفرعي إلا على أساس المسؤولية التقصيرية.

ومن أجل تفادي هذه النتائج التي لا تخدم رب العمل بالدرجة الأولى والتي يجب اتباع قواعد حمايته، يجب استبعاد شرط الإعفاء وإبقاء المقاول الأصلي مسؤولا اتجاه رب العمل عن الأعمال الصادرة من المقاول الفرعي وهذا ما سلكه المشرع الجزائري في نص المادة 2/564 ق.م.ج.

#### ثانيا: دعوى رجوع المقاول الأصلي على المقاول الفرعي كأثر لهذه المسؤولية :

إن مبدأ نسبية العقد المنصوص عنها في المادة 113 ق.م.ج تنص "لا يترتب العقد التزاما في ذمة الغير ولكن يجوز أن يكسبه حقا"، تعني أن آثار العقد تقتصر على المتعاقدين وخلفهما الخاص والعام دون أن تمتد مبدئيا إلى الغير، فالعقد لا يكسب الغير حقوقا ولا يحملة التزاما، إذ لا يجوز إلزام الغير بعقد لم يكن طرفا فيه، لكن للعقد مفعول نسبي ينحصر فيما بين طرفيه أو الذين نالوا حقوق هؤلاء بوجه عام.

واعتمادا على مبدأ نسبية العقود تنعدم كل علاقة بين رب العمل والمقاول الفرعي، ومن غير الجائز مساءلة المقاول الفرعي على أساس المسؤولية العقدية، أي لا يجوز مطالبة رب العمل المقاول الفرعي مباشرة تنفيذ التزاماته الناشئة عن عقد المقاولة الفرعية كما لا تثبت علاقة مباشرة بين المقاول الفرعي ورب العمل باستثناء ما جاءت به المادة 564 ق.م.ج.

وبالمقابل تنشأ بين رب العمل والمقاول الفرعي علاقة غير مباشرة أساسها علاقة كل منهما بالمقاول الأصلي. فطبقا لهذه العلاقة الغير مباشرة يحق لكل منهما إقامة دعوى غير مباشرة ضد الآخر باسم مدينه أي المقاول الأصلي لمطالبته بحقوق هذا الأخير.

(1) - د. مصطفى عبد السيد الجارحي، عقد المقاولة من الباطن، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، 1988، ص 83.

فمن خلال هذه الدعوى يحق لرب العمل مطالبة المقاول الفرعي بإنجاز العمل وتسليمه وبالضمان، وأيضاً يكون للمقاول الفرعي حق مطالبة رب العمل بتمكينه على العمل وتسلمه وتقبله مستعملاً في ذلك حق مدينه<sup>(1)</sup>. وإذا ما أراد رب العمل الرجوع على المقاول الفرعي (الباطن) مباشرة بسبب عدم تنفيذ عقد المقاولة من الباطن، فلا يمكنه ذلك إلا من خلال دعوى المسؤولية التقصيرية والتي يكون فيها ملزماً بإثبات الخطأ التقصيري الذي ارتكبه المقاول الفرعي والضرر والعلاقة السببية طبقاً لأركان المسؤولية التقصيرية. أما من جهة المقاول من الباطن في علاقته مع رب العمل، فالحكم السابق يطبق كذلك على المقاول الفرعي أي عليه بإثبات أركان الخطأ التقصيري والضرر اللاحق وذلك العلاقة السببية، ما عدا ما أقرته المادة 564 ق.م.ج.

---

(1) - د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ج7، ص224.

المبحث الثالث: النظام القانوني للمسؤولية العقدية للمقاول و المهندس المعماري :

بعد أن بيّنا أساس وشروط المسؤولية العقدية لرب العمل والمقاول والمهندس المعماري، ارتأينا أن نبين نظامها القانوني من حيث الإثبات وتعديل قواعد المسؤولية، ومن جهة أخرى نبين أثارها.

المطلب الأول : إثبات المسؤولية العقدية وتعديل قواعدها

بعد أن تكلمنا على شروط قيام المسؤولية العقدية ، تأتي مسألة مهمة هي مسألة إثباتها ، أي إثبات الخطأ العقدي في جانب المقاول أو المهندس المعماري ، و الضرر، و العلاقة السببية. وبعد إثبات المسؤولية العقدية ، يمكن أن نطرح تساؤل حول إمكانية تعديل قواعد المسؤولية العقدية المعمارية بعد قيامها ، وذلك إما بالإتفاق على تشديدها أو التخفيف منها ؟ وإما بالإتفاق على الإعفاء منها ؟

الفرع الأول : إثبات المسؤولية العقدية

لكي تقوم المسؤولية العقدي لابد من إثبات أركانها .

البند 1 : إثبات الخطأ العقدي

وذلك من خلال إثبات أولا : إثبات وجود الالتزام، ثانيا : إثبات عدم تنفيذه.

أولا : إثبات الالتزام

حتى نكون أمام التزام ما لابد من وجود عقد يحدد من خلاله التزامات كل الطرفين، والعقود في القانون تنقسم إلى عقود شكلية وأخرى رضائية، إلا أن عقد المفاوضة في القانون الجزائري غير محدد في شكل معين، لا في القانون المدني ولا في القانون التجاري، هذا ما يدفعنا بالقول أن إثبات العقد يكون بكافة الطرق والإثبات. فإذا كان العقد موجودا سواء كان مكتوبا أو شفويا محددًا لشروط العقد، فإن العقد شريعة المتعاقدين طبقا لنص المادة 106 ق.م.ج وبالتالي على الأطراف تنفيذه، ويقع إثبات الخطأ العقدي على عاتق المدعى به إن كان رب العمل، أو مقاول أو مهندس، فمثلا، إذا كان التزام المهندس المعماري ينحصر في وضع التصاميم والمقاييس فقط دون متابعة الإشراف، وادعى عليه رب العمل بدعوى التعويض أو عدم التنفيذ يتوجب على رب العمل إثبات الالتزام، وعلى المهندس المعماري إثبات أن التزامه ينحصر في وضع التصاميم فقط بالرغم من عدم تحديد شكل معين لعقد

المقولة ؛ إلا أنه في الواقع - في حالة إذا كان رب العمل مرقي عقاري- دُرج على إبرام عقد مكتوب بين المرقي العقاري ومكاتب الدراسات.

### ثانياً: إثبات عدم التنفيذ العيني للالتزام

يتعين على المدعي بعدم التنفيذ العيني للالتزام إثبات ذلك وإثبات عدم التنفيذ قد يتخذ صورة عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي للالتزام أو حتى في شكل صورة التنفيذ المعيب أو المخالف لمقتضيات العقد، لهذا وجب التفريق ما إذا كان الالتزام هو تحقيق نتيجة أو بذل عناية.

#### 1- الالتزام بتحقيق نتيجة :

إن في هذا النوع من الالتزام، يلتزم المدين بتحقيق نتيجة معينة وهي محل الالتزام، ومن ثم يكون تنفيذه بتحقيقه لهذه النتيجة، فمثل هذه الالتزامات لا يتم تنفيذ العقد إلا بتحقيق الغاية المقصودة من التعاقد، ويعتبر المدين مخطئاً بمجرد عدم تحقق النتيجة المتفق عليها في العقد كالتزام المقاول بإقامة بناء أو بيئة أو القيام بتوسعة أو ترميم.

#### 2- الالتزام ببذل عناية أو بوسيلة :

هذا النوع من الالتزامات لا يجبر المدين أن يحقق نتيجة معينة، وإنما الالتزام هنا يقع عليه ببذل قدر معين من العناية التي تؤدي إلى الوصول للغرض المعين أو المقصود من العقد، ولذلك فإن بذل المدين بالالتزام هذا القدر من العناية، يكون قد نفذ التزامه التعاقدية، وهذا بغض النظر عن ما إذا تحقق الغرض أو النتيجة المنتظرة من العقد، والعناية المطلوبة هنا عناية الرجل العادي أي رب الأسرة المعني بشؤون نفسه، طبقاً لنص المادة 172 ق.م.ج. فيكون إذاً، أن الالتزام ببذل عناية يقوم الخطأ فيه هو عدم بذل القدر الواجب من العناية، فلا يكفي من الدائن هنا إثبات عدم تنفيذ الالتزام بل عليه إثبات الخطأ المتمثل في أن المدين لم يقم ببذل العناية اللازمة في رقابة عقود الملكية المقدمة له من طرف رب العمل، أو مثلاً واجب الرقابة على سير أعمال المقاول. وغالباً ما يصعب إثبات الإهمال وقلة الاحتياط، ذلك أنه يبقى نسبي ويخضع لمعايير الاحتراف، والظروف الملازمة للخطأ العقدي، تحت هذا العنوان كونه ينطوي على إثبات انحراف المدين عن أصول الفن والصناعة<sup>(1)</sup>. لذلك، قد يلجأ بعض المتعاقدين إلى الاتفاق منذ البداية على درجة العناية المطلوبة في تنفيذ الالتزام، وبذلك تأخذ في تقدير العناية، أما في حالة انعدامه فكما قلنا سابقاً نرجع إلى تقدير هذه الأخيرة مستعملين في ذلك معيار الرجل العادي.

كما أن الخطأ العقدي لا يقوم فقط في حالة الإخلال بالالتزامات التعاقدية، ولكن ينصرف إلى أن الإخلال بمستلزمات تنفيذها<sup>(2)</sup>، وهو ما تنص عليه صراحة المادة 107 من القانون المدني<sup>(3)</sup> كما رأينا سابقاً.

(1) - د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ج1، ص741.

(2) - د. علي فيلاي، المرجع السابق، ص26.

(3) - تنص المادة 107 ق.م.ج : ".... ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة، بحسب طبيعة الالتزام....".

## البند 2: إثبات الضرر

لابد من وجود ضرر حتى تترتب المسؤولية في ذمة المدين (المقاول أو المهندس المعماري)، والدائن (رب العمل) هو الذي يتحمل عبئ إثبات الضرر لأنه هو الذي يدعيه، ولا يفترض وجود الضرر بمجرد أن المدين لم يقيم بالتزاماته العقدية، فقد لا يقوم المدين بالتزاماته ولا يلحق الدائن أي ضرر من ذلك، وهذا إثناء من القاعدة العامة، طبقا لنص المادة 1/184 ق.م : "لا يكون التعويض المحدد في الاتفاق مستحقا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر....".

## البند 3: إثبات العلاقة السببية

من المتعارف عليه أن الدائن ملزم بإثبات خطأ المدين والضرر الذي لحقه إلا أنه لا يزال هناك جدل قائم في الفقه ويتعلق الأمر ببيان ما إذا كان الدائن ملزما بإثبات علاقة السببية أيضا بين الخطأ المدين والضرر الذي لحق به، أو أن هذه العلاقة تصبح مفترضة ومن ثم يكون الدائن في غنى عن إثباتها. إن المشرع الجزائري قد أخذ بالاتجاه الثاني طبقا لنص المادة 176 ق.م. ج<sup>(1)</sup>، الذين يرون أن علاقة السببية بين الخطأ والضرر مفترضة لا يطلب من الدائن إثباتها، ويترب على ذلك أن الدائن ليس عليه إلا أن يثبت أنه قد أصابه ضرر من عدم تنفيذ المدين لالتزاماته، ويمكن للمدين أن ينفي العلاقة بإثبات أن الضرر بإثبات أن الضرر وقع هنا ليس بسبب خطأ المدين، وإنما كان نتيجة لسبب أجنبي، لهذا نجد وتأكيدا لما جاء، فإن المحكمة العليا في قرارها الصادر عن الغرفة المدنية بتاريخ 1985/11/27 ملف رقم 41783<sup>(2)</sup> جاءت فيه أن علاقة السببية بين عدم تنفيذ الالتزام وسلوك المدين، هي مفترضة في نظر المشرع الجزائري والذي يفترض أن الخطأ راجع إلى الضرر.

(1) - تنص المادة 176 ق.م. ج : "إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينيا، حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يولد فيه....".

(2) - المحكمة العليا، الغرفة المدنية 1985/11/27، ملف رقم 41783، الملة القضائية 1990، عدد 1، ص 93.

الفرع الثاني : تعديل قواعد المسؤولية العقدية

لما كانت المسؤولية العقدية تجر أساسها في العقد، وكان العقد وليد الإرادة الحرة للمتعاقدين، جاز لتلك الإرادة تعديل قواعد المسؤولية العقدية بالاتفاق، ما دامت هي التي أنشأت هذه القواعد فلها إذن أن تعدلها وذلك بشرط أن يكون هذا التعديل في حدود القانون وقواعد النظام العام<sup>(1)</sup>.  
ويتطبيق ذلك على المسؤولية العقدية للمهندس المعماري والمقاول والتي يحددها العقد المبرم مع رب العمل، نجد أن الطرفين قد يتفقان على تعديل تلك القواعد بتضمين العقد لشروط مشددة أو معفية، أو مخففة من المسؤولية العقدية :

البند 1: الاتفاق على التشديد و التخفيف من المسؤولية

أولاً- الاتفاق على التشديد من المسؤولية :

لقد نصت المادة 1/178 ق.م.ج : "يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين على تبعة الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة"، بمعنى أن يتحمل المدين مسؤولية عدم التنفيذ لو كان ذلك راجعا إلى الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة، ويعد هذا نوعا من التأميم<sup>(2)</sup>، ومثاله اتفاق رب العمل مع المقاول على تحميل هذا الأخير المسؤولية في حلة الزلازل أو الفيضانات، وبالتالي يلتزم بإعادة البناء على حسابه أو فسخ العقد دون الحق في الحصول على مقابل ما أداه.

وما تجدر الإشارة إليه أنه يجب التفريق في شخص رب العمل في كون هذا الأخير قد يكون مرقى عقاري أي (محترف)، مع المقاول (محترف) وعليه فمن يقبل هذه المسؤولية يجب عليه تحمل جميع تبعاته.  
بينما الأمر غير ذلك إذا كان أحد الطرفين ليس مهني (محترف)، وفي هذا الفرض لا بد أن يتدخل القاضي للحد أو التخفيف من هذا التشديد في أحكام المسؤولية، أي على القاضي التدخل من أجل حماية الطرف الضعيف في هذه العلاقة التعاقدية

---

(1) - يجوز الاتفاق على جعل الالتزام بعناية التزاما بتحقيق نتيجة، فيكون مسؤولا عن الفعل العمد، وعن أي خطأ جسيم أو يسير أو تافه، حتى الوصول إلى السبب الأجنبي، وتبعاً لهذا التدرج تدرج المسؤولية (أنظر : د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص675).

(2) - يجوز الاتفاق مقدماً على تشديد أو تقدير التعويض الذي يُستحق على أحدهما نتيجة إخلاله بالالتزام العقدي، وهذا ما يسمى بالشرط الجزائي.

ثانياً- الاتفاق على التخفيف من المسؤولية العقدية :

كقاعدة عامة يجوز الاتفاق على التخفيف في المسؤولية العقدية وهو اتفاق صحيح من الناحية القانونية، وهذا طبقاً لنص المادة 2/178 ق.م.ج : "... وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدية...".

بما أن المشرع الجزائري من خلال نص المادة 2/178 ق.م.ج، نص على إمكانية الإعفاء فمن باب أولى أن يجيز شرط التخفيف.

فبالنسبة للشرط الجزائي يمكن للقاضي إنقاص مقدار التعويض الاتفاقي إذ تبين أن الضرر الذي حدث للدائن يتجاوز قيمة التعويض فيعد هذا الشرط بمثابة اتفاق على التخفيف من هذه المسؤولية طبقاً لنص المادة 2/184 ق.م.ج : "يجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مفرداً أو أن الالتزام الأصلي نُفِّذ في جزء منه".

**البند 2: - الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية العقدية :**

سوف نتطرق إلى نقطتين، أولهما الإعفاء من المسؤولية الناجمة عن الخطأ الشخصي، والثانية تتعلق بالإعفاء من المسؤولية الناجمة عن فعل الغير.

**أولاً: الإعفاء من المسؤولية الناجمة عن الخطأ الشخصي**

**1 : حق المقاول والمهندس من الإعفاء من مسؤوليتهما العقدية**

يطبق فيما يتعلق بحق المقاول في اشتراط إعفائه من المسؤولية العقدية عن خطئه الشخصي، ما قضت به القواعد العامة عموماً، إذ يكون من حق المقاول إذا كان التزامه في عقد المقاولة التزاماً بتحقيق نتيجة أو غاية<sup>(1)</sup>. أن يشترط عدم مسؤولية عن عدم تحقق هذه النتيجة، وإذا كان التزامه ببذل عناية فإنه يستطيع أيضاً أن يشترط إعفائه من المسؤولية الناجمة عن عدم بذله العناية المطلوبة<sup>(2)</sup>.

كما قد يكون من ضمن التزامات المقاول في عقد المقاولة التزامه بتقديم مادة العمل عندها يكون المقاول مسؤولاً عن جودة المادة التي قدمها، ومسؤولاً أيضاً عن العيوب التي يمكن أن توجد فيها، ويطبق في هذا الشأن، ما ورد من أحكام فيما يتعلق بالتزام البائع بضمان العيوب الخفية التي تكتشف في المبيع<sup>(3)</sup>. ويستطيع المقاول أن يشترط إعفائه من المسؤولية الناجمة عن العيب الذي يكتشف في العمل الذي قام بتنفيذه، بالصورة التي يستطيع فيها اشتراط إعفائه من المسؤولية عن العيوب الموجودة في المادة المقدمة من طرفه، مع ملاحظة عدم جواز اشتراطه الإعفاء من المسؤولية في جميع الحالات التي يثبت فيها ارتكاب المقاول أو المهندس غش أو خطأ جسيم من جانبه.

ولما كان على المقاول في عقد المقاولة إنجاز محل عقد المقاولة في موعد معين فإن من الجائز أن يشترط إعفائه أو عدم مسؤوليته عن التأخير في تنفيذ الالتزام عن هذا الموعد<sup>(4)</sup> أيضاً.

أما في القانون الجزائري فمثلاً نجد القانون 04/11 الخاص بالترقية العقارية، فقد جاءت كل نصوصه أمراً كنص المادة 45 التي تمنع كل محاولة للحد من المسؤولية العقدية باستبعادها أو بحصرها : "دون الإخلال بالأحكام السارية في القانون المدني، وقانون العقوبات، والمتعلقة بتطبيق الأحكام المتضمنة في هذا الفصل، يعد باطلاً وغير مكتوب كل بند من العقد يهدف إلى إقصاء أو حصر المسؤولية أو الضمانات المعمول بها، أو تقييد مداها سواء باستبعاد أو بحصر

(1) - د. محمد جعفر، ص 268.

(2) - د. محمد جعفر، المرجع السابق، ص 268.

(3) - د. جعفر الفضلي، الموجز في العقود المدنية، عمان، 1997، ص 388.

(4) - د. عدنان إبراهيم سرحان، شرح القانون المدني، العقود المسماة، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2001، ص 59.

تضامن المقاولين الثانويين مع المرفقي العقاري". فقد منع المشرع -بموجب هذا النص- محاولة استبعاد مسؤولية المقاول الفرعي بأي شكل من الأشكال، وهو النص الذي تقرر لحماية المستفيد من المشاريع العقارية، ذلك أن الأصل هو عدم وجود علاقة بين المكتتب والمقاول الفرعي، ولا حتى بين هذا الأخير والمرفقي العقاري.

### ثانياً: الحالات التي لا يجوز فيها إعفاء المقاول و المهندس المعماري من مسؤوليتهما العقدية

على الرغم من أن الأصل أن للمدين بالالتزام العقدي الحق في اشتراط إعفائه من المسؤولية الناجمة عن عدم تنفيذه لالتزامه العقدي بالصورة التي تقررها المادة 178 ق.م.ج. إلا أن هذا الأصل مقيد بحالات لا يجوز معها اشتراط مثل هذا الإعفاء، والتي يرجع بعضها إلى نص القانون وبعضها الآخر إلى حالة ارتكاب المدين غشاً أو خطأً جسيماً من جانبه.

#### 1- نص القانون :

لقد نصت مختلف القوانين المدنية، ومنها القانون الجزائري، على عدم جواز اشتراط المقاول إعفائه من المسؤولية الناجمة عن عدم تنفيذه لالتزامه بالضمان إذا ما توفرت شروط معينة. ويُقصد بالضمان في هذه الحالة هو الضمان الخاص أو ما يعرف في القانون المدني الجزائري "بالضمان العشري" حيث نصت المادة 554 ق.م.ج : "يضمن المهندس المعماري والمقاول متضامنين ما يحدث خلال عشر سنوات....".

فالذي يتضح من النص أن المشرع الجزائري قد منع إعفاء المقاول والمهندس من المسؤولية الناجمة عن التهدم أو العيب الذي يقع في البناء الذي قام بتشيينه أو بنائه، إذ يُعد مثل هذا الإعفاء باطلاً وكأنه لم يكن، مما يجعل المقاول والمهندس مسؤولاً مسؤولية كاملة تجاه رب العمل<sup>(1)</sup>.

#### 2- الغش أو الخطأ الجسيم :

##### أ- حالة الغش :

يقصد بالغش الخطأ الذي يتحقق بتعهد المدين بعدم تنفيذ الالتزام الناشئ عن العقد على الوجه المتفق عليه. فإذا ما تعمد المدين عدم تنفيذ التزامه العقدي، فإنه يكون قد خرج عن نظام العقد وما يوجبه من لزوم مراعاة حسن النية في تنفيذ الالتزامات الناجمة عنه وبالتالي تتحقق مسؤولية المدين حتى وإن لم ينصرف قصده من عدم

(1) - فيما يخص المسؤولية العشرية أنظر الباب الثاني من هذا البحث.

التنفيذ العمدي للالتزام إلى الإضرار بالدائن<sup>(1)</sup>. مما يترتب عليه زوال الحماية التي توفرها له شروط الإعفاء من المسؤولية، فتقوم مسؤوليته الناشئة عن الإخلال الذي يرجع إلى غشه<sup>(2)</sup>.

ويترتب على صدور غش من المقاول أو المهندس بطلان شرط الإعفاء من المسؤولية إذا ما وجد في الحالات التي يجيز القانون فيها، أن يشترط المقاول إعفائه من المسؤولية الناجمة عن إخلاله بالتزاماته الناشئة عن عقد المقاولة، ولو ثبت تعهد المقاول إخفاء العيوب التي ظهرت في العمل الذي قام بإنجازه، والذي كان قد اشترط عدم مسؤوليته عنها، ففي هذه الحالة تقام مسؤولية المقاول كاملة ويعد شرط الإعفاء كأنه لم يكن<sup>(3)</sup>، وهذا ما جاء به المشرع الجزائري في نص المادة 2/178 ق.م.ج : ".... يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية...، إلا ما ينشأ عن غشه أو خطئه الجسيم...".

### ب- حالة الخطأ الجسيم :

عرّف البعض الخطأ الجسيم بأنه الخطأ الذي لا يأتيه ولا يرتكبه حتى أشد الناس إهمالا<sup>(4)</sup> فالمقاول يكون قد ارتكب خطأ جسيماً، إذا ما صدر عنه خطأ لا يمكن أن يصدر عن الشخص المهمل أو غير الحريص، وبالتالي فإنه يسأل عن الأضرار الناجمة عن مثل هذا الخطأ حتى وإن كان قد اشترط إعفائه من المسؤولية في عقد المقاولة المبرم مع رب العمل<sup>(5)</sup>.

وما يمكن استنتاجه، أن حق المقاول أو المهندس المعماري في اشتراط إعفائه من المسؤولية في عقد المقاول مقيد بعدم صدور غش أو خطأ جسيم من جانبه، فبالرغم من الاختلاف بين الغش أو الخطأ الجسيم من حيث الطبيعة أو المفهوم إلا أن المشرع قد سوّى في الأثر المترتب عن تحقق أيهما، وذلك بإبطال شرط الإعفاء من المسؤولية الناجمة عن غش المدين أو عن خطئه الجسيم. وهذا بنص المادة 2/178 ق.م.ج : "يجوز الاتفاق.... إلا ما ينشأ عن غشه أو خطئه الجسيم...".

(1) - د. محمود جمال الدين زكي، عقد العمل في القانون المصري، مطابع الهيئة المصرية للكتاب، الطبعة الثانية سنة 1982، ص86.

(2) - د. محمد جعفر، المرجع السابق، ص273.

(3) - د. محمد جعفر، المرجع السابق، ص273.

(4) - د. محمد جعفر، المرجع السابق، ص273.

(5) - د. محمد جعفر، المرجع السابق، ص273.

ثانيا : الإعفاء من المسؤولية الناجمة عن فعل الغير

تنص المادة 2/178 ق.م.ج : "... يجوز للمدين أن يشترط إعفائه من المسؤولية الناجمة عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه...".

لقد تبنت التشريعات الحديثة بما فيها القانون الجزائري من خلال النص السالف الذكر على حق المدين بالالتزام العقدي في اشتراط إعفائه من المسؤولية الناجمة عن فعل معاونيه أو مستخدميه، وفي الاعتراف بالأثر المترتب على هذا الشرط والمتمثل بانتفاء مسؤولية المدين العقدية نائبا عن الإخلال بالالتزام العقدي، وعدم إمكانية مساءلته من قبل الدائن. فإقرار هذه الفقرة حق المدين في اشتراط إعفائه من المسؤولية الناجمة عن الغش أو الخطأ الجسيم الصادر عن الأشخاص الذين يستخدمهم في تنفيذ التزامه العقدي، هو إقرار بصحة شروط الإعفاء من المسؤولية عن فعل هؤلاء الأشخاص بصورة عامة<sup>(1)</sup>.

كما أن إقرار القانون بحق المدين في الإعفاء من مسؤوليته العقدية الناجمة عن خطئه الشخصي، فإنه يحتم من باب أولى جواز الإعفاء من هذه المسؤولية إذا كان الإخلال ناجم عن فعل مساعدي المدين أو بدلائه<sup>(2)</sup>.

وعليه، فإنه من حق المفاوض في عقد المقاولة اشتراط إعفائه من المسؤولية المترتبة عن الإخلال بالتزامه العقدي، إذا كان ذلك راجعا إلى فعل الأشخاص الذين يستعين بهم لتنفيذ التزامه العقدي، لعدم تعارض ذلك مع القواعد العامة<sup>(3)</sup>، ومبينة على مخالفة قانونية، والمبدأ في هذا المجال هو أن من لا يملك الحماية القانونية لا يملك الحماية القضائية.

ثالثا: تعديل قواعد المسؤولية العقدية عن طريق التأمين :

في هذه الحالة -أثناء فترة التنفيذ- إذا كان رب العمل هو مرفقي عقاري، فمن واجب هذا الأخير أن يكتب عقد تأمين، يغطي به الأخطاء العقدية أثناء فترة التنفيذ، وبالتالي ينتقل عبئ التعويض إلى شركة التأمين. ومثاله أن تغطي شركة التأمين تبعات التأخر في عملية التسليم، بشرط إثبات عدم التعمد في التسبب في التأخير، ولشركة التأمين إثبات سوء نية المؤمن لديها بكافة طرف الإثبات.

(1) - د. محمد جعفر، المرجع السابق، ص278.

(2) - د. محمد جعفر، المرجع السابق، ص278.

(3) - د. محمد جعفر، المرجع السابق، ص279.

المطلب الثاني: آثار المسؤولية العقدية للمقاول و المهندس المعماري :

إن القانون 04/11 لم ينص على أحكاما خاصة بعقد المقاولة، الأمر الذي يدفعنا إلى الرجوع إلى القواعد العامة في المسؤولية العقدية، وكذا عقد المقاولة، وذلك بالرجوع إلى المادتين 553 و176 من ق.م.ج. تنص المادة 553 ق.م.ج : "إذا ثبت أثناء سير العمل أن المقاول يقوم به على وجه معيب أو مناف لشروط العقد، جاز لرب العمل أن ينذره بأن يصحح من طريقة التنفيذ خلال أجل معقول يعينه له، فإذا انقضى هذا الأجل دون أن يرجع المقاول إلى الطريقة الصحيحة جاز لرب العمل أن يطلب إما فسخ العقد، وإما أن يعهد إلى مقاول آخر بإبجاز العمل على نفقة المقاول الأول طبقا لأحكام المادة 170 ق.م.ج غير أنه يجوز فسخ العقد في الحال دون حاجة إلى تعيين أجل إذا كان إصلاح ما في طريقة التنفيذ مستحيلا".

كما تنص المادة 176 ق.م.ج : "على أنه استحال على المدين أن يُنفذ الالتزام عينا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا بد له فيه، ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ الالتزام".

فمن خلال استقراء المادتين، يتبين لنا أنه يوجد ثلاثة طرق أو ثلاثة أنواع من الدعاوى القضائية المقررة لرب العمل أثناء فترة التنفيذ، وهي دعوى التنفيذ بمقابل عيني، ودعوى الفسخ طبقا لنص المادة 553 ق.م.ج، ودعوى تعويض طبقا لنص المادة 176 ق.م.ج.

الفرع الأول : الفسخ :

يعتبر الفسخ أحد طرق انحلال العقد، وهو جزاء يترتب على امتناع أحد المتعاقدين في عقد ملزم للجانبين عن تنفيذ ما التزم به، وهو بذلك حق المتعاقدين في حل الرابطة العقدية إذا لم يف المتعاقد الآخر بالتزامه حتى يتحرر بدوره من الالتزامات التي تحملها بموجب العقد<sup>(1)</sup>. وبذلك يُعد الفسخ نظاما قانونيا يقوم إلى جانب المسؤولية العقدية، وهو يتمثل في الجزاء الذي يترتب على عدم تنفيذ أحد المتعاقدين لما رتبته العقد من التزامات في ذمته. ومعناه حق كل متعاقد في العقد الملزم للجانبين في أن يطلب متى لم يتم المتعاقد الآخر بتنفيذ التزامه، بحل الرابطة العقدية كي يتخلص بدوره من الالتزام الملقى على عاتقه، فهو انحلال الرابطة التعاقدية بأثر رجعي بسبب عدم تنفيذ أحد الطرفين بالتزامه<sup>(2)</sup>. فيستطيع رب العمل أن يطلب فسخ عقد المقاولة، ولكن طبقا لنص المادة 119 ق.م.ج والمقابلة لنص المادة 157 ق.م.مصري، فإن المحكمة لا تلتزم في هذه الحالة بالحكم بالفسخ، بل إن الأمر في ذلك يرجع إلى تقديرها، فقد تقتصر على الحكم بالتعويض إذا كان الضرر يمكن تعويضه، كما يجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلا إذا اقتضت الظروف ذلك، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة في جملته، ويستطيع المدين أن يتوقى الفسخ بتنفيذه للالتزام. ويختلف الفسخ عن نظام المسؤولية العقدية :

**أولا :** يستوي أن يكون سبب الإخلال لدى الدائن راجعا إلى المدين نفسه أو السبب الأجنبي<sup>(3)</sup>، فحقه في الفسخ لا يسقط، بينما لو استعمل الدائن حقه في محاسبة مدينه عن طريق المسؤولية العقدية، يختلف الأمر بين عدم التنفيذ الذي يرجع إلى المدين، عن عدم التنفيذ الذي يرجع إلى السبب الأجنبي الذي لا يكون للمدين يد فيه، إذ تقوم المسؤولية العقدية في الحالة الأولى، وتنتفي في الحالة الثانية وهو ما تنص عليه المادة 176 ق.م.ج.

**ثانيا :** يعتبر الضرر شرط لقيام المسؤولية المدنية سواء تقصيرية أو عقدية، فإذا انتفى هذا الركن لا تقوم المسؤولية العقدية، بينما في الفسخ يكفي أن المدين لم يتم بتنفيذ التزامه، حتى ولو لم يلحق به ضرر.

**ثالثا :** يختلف نظام الفسخ عن المسؤولية العقدية، حيث أن الأخيرة لا تعتبر حلا للعقد، بل تعتبر تنفيذا له عن طريق التعويض، وغاية ما في الأمر أنه تم الاستبدال العيني الذي هو الأصل، بالتنفيذ بطريق التعويض. في حين إذا تحقق الفسخ، فإن العقد يصبح مستحيلا، وتزول كل الآثار بأثر رجعي فتعود الحالة إلى ما كانت عليه قبل التعاقد.

(1) - د. حسين تونسي، انحلال العقد، دراسة تطبيقية حول عقد البيع وعقد المقاولة، دار الخلدونية، الجزائر، 2007، ص38.  
(2) - د. العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، التصرف القانوني (العقد والإدارة المنفردة)، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2001، ص300.  
(3) - أحمد سويد، سلطة القاضي في إيقاع الفسخ القضائي، ص1، الموقع : <http://www.cadresonline.com>.

الفرع الثاني: التعويض :

إذا ظهر بالمبنى عيب، يسأل عنه المعماري، فقد يتصور أن يكون تعويض رب العمل (أو صاحب هذا المبنى)، تعويضا عينيا يتمثل في إلزام المسؤول بإصلاح هذا العيب (التنفيذ العيني) إذا كان قابلا للإصلاح وإلا فيهدمه وإعادة بنائه، أو تعويض نقدي.

أ-التنفيذ العيني :

ويقصد به أن يوفي المدين بعين ما التزم به في مواجهة الدائن، وللدائن حق مطالبة المدين به، فإن لم يوف المدين، كان للدائن الحق في إجبار المدين عليه طالما كان في إمكان المدين القيام به، طبقا لنص المادة 164 ق.م.ج، وتقابلها المادة 203 ق.م. مصري : "يجبر المدين بعد إعداره طبقا لنص المادة 180 و181 على تنفيذ التزامه عينيا، متى كان ذلك ممكنا".

فالأصل في التعويض أن يأخذ صورة التنفيذ العيني، كأن يقوم المسؤول بالتعويض بإعادة بناء الجزء المتهدم أو إصلاح العيوب التي دد سلامة البناء، بل قد يقتضي الأمر إعادة تشييد البناء بأكمله وبعض الأجزاء السليمة التي ترتبط بالأجزاء المعيبة إذا اقتضت ذلك طبيعة الفن المعماري<sup>(1)</sup>.

فمن ناحية قد يصير المهندس أو المقاول على عدم القيام بعمليات الإصلاح بنفسه، إلا أنه قد لا يُستطاع عملا أو لا يكون من الملائم في بعض الأحيان تطبيق التنفيذ العيني وعندئذ فلا مفر في حالة عدم إمكان قهره على ذلك من إجراء هذه الإصلاحات على نفقته. وعلى العكس قد يكون رب العمل على حق (والعيوب التي ظهرت في الأعمال تكشف أحيانا عن عدم كفاءة المشيد) أن يرفض عرض هذا الأخير القيام بعمليات الإصلاح أو إعادة البناء بمعرفته<sup>(2)</sup>، ولعلّ هذه الاعتبارات العملية هي التي جعلت لمحكمة النقض الفرنسية أن تترك لقضاة الموضوع سلطتهم المطلقة في الاختيار بين طريقتي التعويض (العيني أو النقدي) في كل الفروض، وتبعا لظروف الحال المعروضة عليهم، ولم تر في الخطر المفروض على المهندس بموجب المادة 3 من قانون 31 ديسمبر 1940 (قبل إلغائه) أن يجمع بين هذه المهنة ومهنة المقاول، ما يتعارض وإمكان إدانته بإصلاح العيوب بمعرفته<sup>(3)</sup>.

أما في مصر فيبدو أن محكمة النقض تسير بدورها على نفس النهج في ترك الاختيار بين طريقتي التعويض لمحكمة الموضوع، وتبعا لذلك جاء في أحد أحكامها أنه لا وجه لتضرر الطاعن (المشيد) من تقدير التعويض على أساس هدم المنزل، ما دامت محكمة الموضوع قد انتهت -في حدود سلطتها التقديرية- إلى أن إصلاح العيب الموجود في أساس المبنى، وهو ما كان يقتضيه الحكم بالتنفيذ العيني، يتكلف أضعاف ما انتهت المحكمة إلى القضاء به من تعويض<sup>(4)</sup>.

(1) - د. حسين منصور، المرجع السابق، ص145-146.

(2) - . شكري سرور، المرجع السابق، ص364.

(3) - د. شكري سرور، المرجع السابق، ص364-365.

(4) - د. شكري سرور، المرجع السابق، ص366.

أما في القانون الجزائري، فقد ساير المشرع حج المشرع الفرنسي والمصري، أن الأصل في تنفيذ الالتزام هو التنفيذ العيني، طبقاً لنص المادة 164 ق.م.ج السالفة الذكر، أما إذا استحال على المدين التنفيذ العيني لا يكون أمام الدائن إلا المطالبة بالتعويض، طبقاً لنص المادة 176 ق.م.ج : "إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عيناً حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه، ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه".

فالأصل في تنفيذ الالتزام أن يقوم به المدين عيناً، أما في المال المعماري فنجد كذلك نص المادة 553 ق.م.ج، التي تطرقت إلى حالة التنفيذ المعيب ولم تتطرق إلى حالة عدم التنفيذ الكلي بقولها : "إذا أثبت أثناء سير العمل أن المقاول يقوم به على وجه معيب أو مناف لشروط العقد ...."، الأمر الذي يؤدي بنا الرجوع- في حالة عدم التنفيذ الكلي- طبقاً لنص المادة 170 ق.م.ج و التي تنص : "في الالتزام بعمل، إذا لم يقيم المدين، بتنفيذ التزامه جاز للدائن أن يطلب ترخيصاً من القاضي في تنفيذ الالتزام على نفقة المدين إذا كان هذا التنفيذ ممكناً".

وما تجدر الإشارة إليه أنه يوجد تفرقة بين التنفيذ العيني للالتزام، والتعويض عن عدم تنفيذ الالتزام بمقابل عيني، ذلك أن المنفذ في الفرض الأول هو المدين نفسه، طبقاً لنص المادة 164 ق.م.ج، وعند امتناعه عن عدم التنفيذ أو إصلاح خطئه العقدي، تقوم مسؤوليته العقدية، ويلجأ الدائن إلى التنفيذ بمقابل عيني طبقاً لنص المادة 170 ق.م.ج، أين يكون المنفذ فيه شخص آخر خارج عن العقد، يقوم بالتنفيذ على حساب المدين الأصلي الذي هو المقاول.

### ب- التعويض النقدي :

تنص المادة 176 ق.م.ج وتقابلها المادة 2/203 ق.م. مصري : "إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عيناً، حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه....". وتنص المادة 182 ق.م.ج : "إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد أو في القانون، فالقاضي هو الذي يقدره، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب...".

إذا أصبح التنفيذ العيني للالتزام مستحيلاً بخطأ المدين، لم يبقى إلا التنفيذ بطريق التعويض. ولا يستطيع القاضي الحكم بالتعويض النقدي إذا طلب المالك التنفيذ العيني، وكان ذلك ممكناً دون إرهاب المهندس أو المقاول. وللمالك أن يطلب التنفيذ بمقابل إذا لم يعرض المدين القيام بالتنفيذ العيني و لكن يتعين عليه أن يقضي به إذا كان ممكناً وطالب به الدائن أو عرضه المدين<sup>(1)</sup>. ويستجيب القاضي لطلب المالك بالحكم بالتعويض النقدي حتى يقوم بنفسه أو من خلال مقاول آخر بالإصلاح اللازم للبناء المعيب في حالة الشك في قدرة أو صدق نوايا المقاول الأصلي في القيام بالتنفيذ العيني أو في حالة توقيفه عن ممارسة المهنة<sup>(2)</sup>.

(1) - د. حسين منصور، المرجع السابق، ص148.

(2) - د. حسين منصور، المرجع السابق، ص148.

وتؤكد محكمة النقض المعاني السابقة بقولها بأن التنفيذ العيني للالتزام هو الأصل والعدول عنه إلى التعويض النقدي هو رخصة لقاضي الموضوع تعطيها كلما رأى في التنفيذ العيني إرهاقا ويشترط أن لا يلحق ذلك ضررا جسيما بالدائن، وإذن فمتى كانت المحكمة قد رأت أن عدم التنفيذ العيني من شأنه أن يضر بالدائن إضرارا جسيما، فإنه لا تترتب عليها إذ هي أعملت حقا أصيلا لهذا الدائن وقضت بالتنفيذ العيني، ولا شأن لمحكمة النقض في التعقيب عليها في ذلك<sup>(1)</sup>.

إن قبل المطالبة بالتعويض النقدي لا بد من القيام بإجراء جوهري يتمثل في الإعدار، طبقا لنص المادة 179 ق.م.ج : "لا يستحق التعويض إلا بعد إعدار المدين، ما لم يوجد نص مخالف لذلك" يقابلها نص المادة 218 ق.م.مصري.

### ثالثا: الإعدار :

إعدار المدين هو وضعه قانونا في حالة المتأخر في تنفيذ التزامه، ذلك أن مجرد حلول أجل الالتزام لا يكفي في جعل المدين في هذا الوضع القانوني، بل لا بد من إعداره<sup>(2)</sup>، وهناك أربعة حالات لا ضرورة فيها للإعدار طبقا لنص المادة 181 ق.م.ج :

#### الحالة الأولى : إذا تعذر تنفيذ الالتزام أو أصبح غير مجد بفعل المدين :

فلا معنى إذن لإعدار المدين، وهذا ما تقضي به طبائع الأشياء، فالإعدار يعني تنبيه المدين لتنفيذ التزامه، ففي هذا الفرض فالتنبيه غير مجد بفعله (المدين)، فاستحق عليه التعويض دون حاجة إلى الإعدار كأن يلتزم المقاول ببناء مكان في معرض لأحد المعارض وينتهي المعرض قبل أن ينفذ المقاول لالتزامه.

#### الحالة الثانية : إذا كان محل الالتزام تعويضا ترتب عن عمل مضر :

ذلك أن العمل غير المشروع (المسؤولية التقصيرية)، إنما هو إخلال بالتزام الشخص بأن يتخذ الحيطة الواجبة لعدم الإضرار بالغير ومتى أخل الشخص هذا الالتزام فأضر بالغير لم يعد التنفيذ العيني للالتزام ممكنا، فلا جدوى إذن في الإعدار<sup>(3)</sup>.

#### الحالة الثالثة : إذا كان محل الالتزام شيء يعلم المدين أنه مسروق، أو شيء تسلمه دون حق وهو عالم

بذلك.

#### الحالة الرابعة : إذا صرح المدين كتابة أنه لا ينوي تنفيذ التزامه.

(1) - د. حسين منصور، المرجع السابق، ص147.

(2) - د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ج2، ص230.

(3) - د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ج2، ص238.

الفرع الثالث: - التعويض الإضافي :

وكما يحكم القاضي بالتعويض كبديل للتنفيذ العيني يمكنه بالإضافة إلى ذلك أن يقضي باستحقاق المالك تعويض إضافي عن الأضرار التي تصيبه بسبب الإخلال بالضمان، كتلك التي تنشأ عن دم البناء وتعيبه مما يعطل استغلاله والانتفاع به على الأقل المدة التي يستغرقها الإصلاح أو إعادة البناء، ويستحق المالك تعويض إضافي كذلك في حالة نقص قيمة البناء أو نقص ما يدره من ربح بسبب تعيبه وعدم جدوى الإصلاحات في إخراجها بالصورة المطلوبة براءة<sup>(1)</sup>.

وتقضي محكمة النقض تطبيقاً لذلك بأن طلب التنفيذ العيني والتنفيذ بطريق التعويض قسيما يتقاسمان التزام المدين ويتكافآن قدرًا بحيث يجوز الجمع بينهما إذا تم التنفيذ العيني متأخراً، ومن ثم فليس هناك ما يمنع المدعي حينما يتراخى التنفيذ بحيث يصيبه الضرر من يطلب تعويضاً عن هذا الضرر<sup>(2)</sup>.

(1) - د. حسين منصور، المرجع السابق، ص 148.

(2) - د. حسين منصور، المرجع السابق، ص 148.

## خاتمة الفصل الأول:

لقد رأينا خلال دراسة هذا الفصل ، أن المسؤولية العقدية للمقاول و المهندس المعماري ، تقوم في حالة إخلال أحدهم بالتزام من الإلتزامات المنصوص عنها في العقد، فالمسؤولية العقدية تقوم ، في حالة وجود رابطة عقدية بين الطرفين ، و ضرورة الإخلال بأحد الإلتزامات العقدية بين الطرفين ، طبقا لنص المادة 176 ق.م.ج. و استنتجنا كذلك ، أن المشرع لم ينظم المسؤولية العقدية المعمارية بقوانين خاصة ، و إنما نظمها ضمن القواعد العامة للمسؤولية العقدية.

ورأينا كذلك ، أن المقاول يستطيع أن يستعين بالغير في تنفيذ الإلتزامات العقدية ، والغير هم :

- المقاول الفرعي طبقا لنص المادة 561 ق.م.ج

- العمال أو المستخدمين ، تطبيقا لمبدأ المسؤولية العقدية عن فعل الغير طبقا لنص المادة 178 ق.م.ج.

غير أنه إذا ارتكب هذا الغير خطأ أثناء تنفيذ الإلتزام ، فإن المقاول هو من تقوم المسؤولية في حقه

طبقا لقواعد المسؤولية العقدية عن فعل الغير.

الفصل الثاني: المسؤولية التقصيرية المعمارية

وضحنا في الفصل السابق المسؤولية العقدية للمقاول والمهندس المعماري، وبيننا أركانها، ونطاقها ثم أحكامها، وفي هذا الفصل نتناول المسؤولية التقصيرية المعمارية.

بداية نشير إلى أن المسؤولية التقصيرية المعمارية بصفة عامة تقوم في حالة يلحق فيها سواء مالك البناء أو المقاول أو المهندس المعماري ضرراً بالغير، فبالنسبة لمالك البناء تقوم المسؤولية التقصيرية في حقه إذا توافرت شروط المادة 2/140 ق.م.ج ويختلف أساس هذه المسؤولية من القانون الفرنسي عن القانون المصري والجزائري.

أما بالنسبة للمقاول والمهندس المعماري، فتخضع للقواعد العامة للمسؤولية التقصيرية من وجوب وجود خطأ من قبل المقاول أو المهندس المعماري، وضرر يلحق بالغير وعلاقة سببية بين الخطأ و الضرر، فكل إضرار بالغير يُلزم فاعله بالتعويض، فالغير هو كل شخص غير متعاقد مع المقاول والمهندس المعماري بصورة مباشرة فتتسع دائرة الغير لتشمل كل شخص قد يُصيبه ضرر من جراء تنفيذ عقد المقاولة المبرم بين المقاول والمهندس ورب العمل، فالغير قد يكون أحد المارة، كما قد يكون جيران.

لهذا سوف نقسم هذا الفصل إلى مبحثين:

**المبحث الأول:** المسؤولية التقصيرية المعمارية لمالك البناء طبقاً لنص المادة 2/140 - 3 ق.م.ج؛

**المبحث الثاني:** المسؤولية المعمارية التقصيرية للمقاول والمهندس المعماري .

**المبحث الأول: المسؤولية التقصيرية لمالك البناء طبقاً لنص المادة 140 ق.م.ج**

إن نص المادة 140 ق م يتضمن عدة مسؤو ليات، فالفقرة الأولى منه، تتناول المسؤولية المدنية الناجمة عن الحريق، وتقوم على ضرورة إثبات الخطأ في جانب المسؤول أو خطأ من هو مسؤول عنهم . أما الفقرة الثانية من هذه المادة فهي تتناول المسؤولية الناجمة عن دم البناء، سواء كان التهدم كلياً أو جزئياً، وتقوم على قرينة افتراض الخطأ في جانب المالك، وبذلك تكون قد خالفت المبادئ العامة للإثبات، فقد نقلت عبئ الإثبات من المضرور إلى المسؤول عن الضرر . بينما الفقرة الثالثة من نص المادة 140 مدني جزائري، تتضمن بعض الأحكام الخاصة بالتدابير الوقائية قبل سقوط البناء. فبموجب هذه الفقرة، قد حولت لمن يهدده البناء بالسقوط، حق الرجوع إلى المحكمة للحصول على إذن منها للقيام بالإصلاحات الضرورية على ذمة المالك، هذا من جهة . ومن جهة نلاحظ أن الفقرة الأولى تتصل اتصالاً مباشراً بالقواعد العامة للمسؤولية المدنية طبقاً لنص المادة 124 ق.م.ج.

أما الفقرة الثانية فهي تتصل كذلك مباشرة بالمسؤولية عن فعل الأشياء غير الحية طبقاً لنص المادة 138 ق.م.ج. كذلك الفقرة الثالثة من هذه المادة، تختلف بحسب طبيعتها فهي لا تغدو أن تكون مجرد إجراءات وقائية ذات طابع وقائي، وقبل حصول الضرر، لذلك لا تتحمل معنى المسؤولية ولا تتطلب ضرورة التعويض. هذا فيما يخص أنواع المسؤولية المدنية التي جاءت ما نص المادة 140 ق.م.ج، إلا أن دراستنا هذه سوف تتحدد فقط بموضوع البحث والمتعلق بالمسؤولية المدنية المعمارية، طبقاً لنص المادة 140/2-3 ق.م.ج. لهذا سوف نتعرض لدراسة مسؤولية مالك البناء فقط في ضوء نص المادة 140 ق.م.ج، في مطالب هي :

**المطلب الأول : شروط تطبيق المادة 140/2 ق.م.ج الخاصة بانهياب البناء**

**المطلب الثاني : نطاق تطبيق التنظيم الخاص بالإجراءات الوقائية الواردة بالفقرة الثالثة من المادة 140 ق.م.ج**

**المطلب الثالث : الأساس القانوني الذي تبنى عليه الفقرة الثانية الخاصة بالمسؤولية عن تهدم البناء من المادة 140 ق.م.ج**

**المطلب الرابع : استبعاد المسؤولية عن تهدم البناء من النطاق العقدي، ومستقبل نص المادة 140/2 ق.م.ج.**

**المطلب الخامس : دفع المسؤولية الناشئة عن تهدم البناء و رجوع المسؤول الملمزم بالتعويض على الغير**

المطلب الأول: شروط تطبيق المادة 2/140 ق.م.ج الخاصة بانتهار البناء

لكي تقوم مسؤولية مالك البناء التقصيرية، جراء دم البناء، لابد من توافر شروط حددتها المادة

140/2 ق.م.ج والمقابلة لنص المادة 177 ق.م.م، و المادة 1386 ق.م.ف، و المثلثة في:

أولاً: ملكية البناء أو حراسته في القانون المصري

ثانياً: أن يكون الضرر ناشئاً عن التهدم الكلي أو الجزئي للبناء.

وهذا ما سوف نتطرق إليه في هذا المطلب، مع تبيين مفهوم الملكية وكذا البناء و دمه.

الفرع الأول: ملكية البناء في القانون الفرنسي و الجزائري أو حراسة البناء في القانون المصري

البند 01: المقصود بملكية البناء أو حراسته في القوانين المقارنة

اختلفت التشريعات العربية خاصة بالنسبة لتحمل المسؤولية عن دم البناء فالبعض جرى مجرى القانون

الفرنسي في هذه المسألة ومنهم تشريعنا الجزائري في نص المادة 2/140 ق.م.ج التي تنص: "مالك البناء مسؤول عما يحدثه انهدام البناء من ضرر ولو كان انهداماً جزئياً ما لم يثبت أن الحادث لا يرجع سببه إلى إهمال في الصيانة أو قدم في البناء أو عيب فيه.

ويجوز لمن كان مهدداً بضرر يصيبه من البناء أن يطالب المالك باتخاذ ما يلزم من التدابير الضرورية للوقاية من الخطر، فإن لم يقم المالك بذلك جاز الحصول على إذن من المحكمة في اتخاذ التدابير على حسابه".

غير أن بعض التشريعات العربية ومنها التشريع المصري في المادة 177 ق.م.مصري وكذلك المشرع السوري في نص المادة 181 وغيرهما ألقوا هذه المسؤولية على عاتق حارس البناء<sup>(1)</sup>. والأصل أن المالك هو الحارس، والحارس إذا المعنى هو من له السلطة الفعلية على البناء، فيكون بذلك هو الشخص المكلف بحراسته وحفظه وصيانتته والتأكد من خلوه من عيوب البناء و أنه ليس قديماً بالشكل الذي يهدد الغير بالخطر ما لم يثبت أن البناء لم يكن في حراسته عند وقوع الضرر، ولكن قد تنتقل السيطرة الفعلية عن البناء بطريقة شرعية أو غير شرعية، بحق أو بدون حق، فحارس البناء ليس بالضرورة هو المالك أو المنتفع أو الحائز، بل هو من له السيطرة الفعلية على البناء عند حصول التهدم.

(1) - د. جلال حمزة، المسؤولية في العمل غير المشروع باعتباره مصدر للالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، طبعة 1985، الجزائر، ص330.

والفرق الجوهرى بين النصين أى المادة 2/140 ق.م.ج والمادة 177 مدني مصري هو أن المسؤولية طبقا للنص الأول مرتبطة بالملكية بصرف النظر عن الحارس أو الحائز أو المنتفع، فالمسؤول الأول عن دم البناء هو المالك دون أى شخص آخر وسواء يجبر الشخص الذي يشغل البناء بما يحتاجه البناء من إصلاح أو تجديد أو ترميم، بل حتى ولو كان المستأجر مكلفا باتفاق خاص مع المالك على القيام هذه الترميمات أو الإصلاحات<sup>(1)</sup>، وهذا مما يؤكد أن هذه المسؤولية الناجمة عن دم البناء أساسها الملكية في ذاتها، وليس مجرد واجب المالك في رعاية بنائه وصيانته ومراقبته، لأنه هو المسؤول عن البناء، ولو لم يكن تحت رقابته أو في رعايته، بل حتى لو رجع هذا التهدم إلى عيب في البناء إلى مالك سابق أو إلى من قام بتشديد البناء، أو رجع التهدم إلى التقصير في صيانة بسبب مالك سابق<sup>(2)</sup>. وبما أن المسؤولية عن دم البناء ترتبط وجودا أو عدما بالملكية، فهذا الوصف ترتب نتائج هامة نذكر منها ما يلي :

### أ- حالة انتقال حق الملكية

لقد تطرق المشرع الجزائري عن وسائل نقل الملكية العقارية من المواد 733 إلى 843 من ق.م.ج، وفقا لترتيب معين، والواقع أن كل هذه الحالات تأخذ أحد الصورتين إما في شكل وقائع مادية كالميراث أو الالتصاق، وإما في شكل تصرفات قانونية، صادرة من جانب واحد أو من جانبين كالعقد. يعتبر العقد من أهم صور أو طرق نقل الملكية، غير أنه ليس هو السبيل الوحيد لذلك، فتوجد إلى جانب العقد طرق أخرى ينتقل بواسطتها حق الملكية، ولعلّ التصاق العقار يعتبر أهم أحد تلك الطرق.

### 1) انتقال الملكية بطريق العقد :

أوقف المشرع الجزائري انتقال الملكية وسائر الحقوق العينية الأخرى المتعلقة بالعقار سواء ذلك فيما بين المتعاقدين أو في مواجهة الغير<sup>(3)</sup>، على وجوب مراعاة إجراءات الشهر العقاري، ويعتبر عقد البيع من أهم العقود الناقلة للملكية العقارية والأكثر انتشارا بين الأشخاص. ومن ثم يُسأل المشتري عن دم البناء باعتباره مالكا للعقار من يوم انتقال الملكية العقارية إليه، أي من اليوم الذي تمت به إجراءات الشهر العقاري، فإذا لم تتم هذه الإجراءات يبقى بائع العقار هو المالك المسؤول عن دم البناء حتى ولو انتقلت حياته إلى المشتري، طيلة الفترة الممتدة بين إبرام العقد وشهره<sup>(4)</sup>.

إن الملكية العقارية في القانون الجزائري تنتقل بمجرد شهر التصرف سابقا في مجموعة البطاقات العقارية، كما رأينا سابقا، وبذلك فإن المشتري (المالك الجديد)، يعتبر مسؤولا عن الأضرار الناجمة عن دم البناء، حتى ولو

(1) - د. جلال حمزة، المرجع السابق، ص 332.

(2) - د. جلال حمزة، المرجع السابق، ص 332.

(3) - أنظر المادة 793 ق.م.ج، والمادة 15، 16 من الأمر 74-75 المؤرخ في 12/11/1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام، وتأسيس السجل العقاري.

(4) - د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني - الالتزامات -، المجلد الثاني، الفعل الضار والمسؤولية المدنية من المسؤولية المفترضة، الطبعة الخامسة، ص 962.

بقيت حيازة الشيء المبيع تحت يد المالك السابق (البائع) لسبب من الأسباب، وبذلك يبقى المالك الجديد (المشتري) مسؤولاً عن دم البناء، متى انتقلت إليه بطريق الشهر<sup>(4)</sup> حتى لو ثبت له بعد ذلك أن التقصير في الصيانة أو العيب في تشييد البناء راجع إلى أحد الملاك السابقين، فالعبرة هي انتقال الملكية بالشهر، بقطع النظر عن بقاء الحيازة في يد المالك السابق أو انتقالها إلى المالك الجديد، ويستوي في ذلك أن يكون التهدم سببه راجع إلى المالك السابق.

أما فيما يتعلق بالمستأجر للسكن في إطار عقد البيع بالإيجار، فهو عبارة عن إيجار مقترن بوعدهم بالبيع، تنتقل فيه الملكية بسداد آخر قسط من الثمن، إذا وفي المشتري جميع الأقساط، تملك الشيء المبيع من يوم البيع، وعليه فإذا دم البناء قبل سداد آخر قسط مستحق يكون المؤجر في إطار عقد البيع الإيجاري مسؤولاً عن الأضرار الناجمة عن هذا التهدم، بالمقابل يكون مسؤولاً لو دم البناء قبل تسديد آخر قسط لكن المضرور لم يطالب بالتعويض إلا بعد انتقال الملكية إلى المستأجر بدفعه آخر قسط، ذلك باعتباره مالكا من يوم البيع، أي من اليوم الذي تم فيه إبرام عقد البيع .

## 2) : انتقال الملكية بطريق الالتصاق

كما قدمنا سابقاً فالعقد ليس هو الطريق الوحيد لانتقال الملكية، بل توجد طرق أخرى ينتقل عن طريقها حق الملكية، ومن بينها الالتصاق بالعقار.

يعرف الالتصاق بالعقار هو إدماج بين شيئين لمالكين مختلفين دون اتفاق بينهما على هذا الإدماج، ومعنى الإدماج، أن أحد الشيئين أصلي والثاني فرعي أصبحا شيئاً واحداً، حيث يتعذر فصلهما دون تلف.

هنا يمكن تصور ثلاث فروض، أن يقيم صاحب الأرض منشآت بمواد مملوكة لغيره أو أن يقيم صاحب المواد منشآت في أرض مملوكة لغيره، أو أن يقيم شخص منشآت على أرض مملوكة لغيره بمواد مملوكة لغيره، هذه الحالات الثلاثة عاجلتها المواد من 782 إلى 790 ق.م.ج.

فيتحقق الالتصاق كوسيلة ناقلة للملكية العقارية، إذ أُقيم على الأرض بناء أو غراس بمواد مملوكة لأجنبي عن ملكية الأرض، فمالك الأرض يمتلك بحكم الالتصاق كل ما يُقام عليها بمواد مملوكة للغير على أساس أن الأرض هي الأصل وكل ما يُقام عليها يعتبر فرعاً تابعاً لها حتى لو كانت أكبر قيمة من الأرض

بمفهوم آخر، الالتصاق بالعقار هو ذلك الطريق الذي يسمح لمالك الأرض بتملك المنشآت المقامة فوق أرضه من طرف الغير أو من طرفه بمواد مملوكة لغيره، وادماج هذه المباني بأرضه.

(1) - د. بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 417.

وعلى العموم فإن المباني أو المنشآت التي يقوم صاحب الأرض مستعملا في ذلك مواد ملكا لغيره، تكون ملكا خالصا له طبقا لنص المادة 783 ق.م.ج (1)، ومن ثم يكون هو المسؤول عن التهدم. أما إذا أقام شخص بمواد من عنده منشآت على أرض يملكها غيره، سواء بحسن النية، يسأل باعتباره مالكا، هذا ما لم يطلب صاحب الأرض تملك هذه المباني طبقا لنص المادة 784 ق.م.ج (2). وكذلك يطرح تساؤل عن المسؤول في حالة الأرض التي استأجرها الشخص وأقام منشآت وبناءات. فلا شك منه أن المالك هو المستأجر وبالتالي فهو المالك لهذه البناءات على الأقل خلال مدة إيجاره، فإذا ما انتهت هذه المدة عادت المباني والمنشآت إلى ملكية صاحب الأرض التي أقيم عليها البناء (3). ونعتقد أن الأضرار التي تصيب الغير في مثل هذه الحالات تجيز للمضروب أن يطالب المستأجر أو المستفيد منها باعتباره مالكا لهذه البناءات التي أقامها على هذه الأرض (4).

### (ب) :- حالة الملكية الجماعية

الملكية الجماعية قد تكون ملكية مشتركة أو ملكية شائعة، وعليه وجب التفرقة بين الملكية الشائعة، والملكية المشتركة، لخضوع كل منها لنظام قانوني مختلف.

تكون ملكية الشيء على الشيوع طبقا لنص المادة 713 ق.م.ج (5)، إذا كان هذا الشيء ملكا لشخصين أو أكثر حصة كل منهما غير مفرزة، وعليه إذا دم البناء المملوك لعدد من الأشخاص على الشيوع، فالمسؤولية الناجمة عن دمه تقع عليهم جميعا بالتضام باعتباره شركاء على الشيوع. كما عرفت المادة 743 ق.م.ج الملكية المشتركة أو الحالة القانونية التي يكون عليها العقار المبني أو مجموعة للعقارات المبنية التي تكون ملكيتها مقسمة حصصا بين عدة أشخاص تشتمل كل واحدة منها على جزء خاص، هو نصيب في الأجزاء المشتركة، كما هو الحال بالنسبة للأجزاء المشتركة في العمارات كأسطح الأفنية، وممرات الدخول والدرج، والمصاعد، فتطبق على هذا النوع من الملكيات. فلا يجوز المطالبة بقسمته عملا بالمادة 747 ق.م.ج "لا يجوز أن تكون الأجزاء المشتركة أو الحقوق التابعة لها محلا لدعوى التقسيم، أو بيعا بالمزايدة بمعزل عن الأجزاء الخاصة".

(1) - تنص المادة 783 ق.م.ج : "يكون ملكا خالصا لصاحب الأرض، ما يجديه فيها من غراس أو بناء أو منشآت أخرى يقيمها بمواد مملوكة لغيره...".

(2) - تنص المادة 784 ق.م.ج : "إذا أقام شخص المنشآت بمواد من عنده على أرض يعلم أ ل ملك لغيره دون رضا صاحبها ، فلصاحب الأرض أن يطلب في أجل سنة من اليوم الذي علم فيه بإقامة المنشآت على نفقة من أقامها مع التعويض....."

(3) - أنظر أكثر : د.عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ج7، ص1099.

(4) - د.ليب شنب، الموجز في مصادر الالتزام ، ص107.

(5) - تنص المادة 713 ق.م.ج على : "إذا ملك إثنان أو أكثر شيئا، وكانت حصة كل منهم غير مفرزة، فهم شركاء على الشيوع وتعتبر الحصص متساوية، إذا لم يقوم الدليل على غير ذلك".

إذا كان البناء خاضعا لنظام الملكية المشتركة فينبغي التمييز بين حالتين، يختلف الحل بحسب إذا ما كان التهدم حاصلًا في جزء مشترك أو خاص.

إذا كان التهدم حاصلًا في جزء خاص، فالشريك في هذا الجزء يكون هو مسؤولًا وحده عن الأضرار الناجمة عن دم البناء، كما إذا كان البناء مقسمًا إلى طبقات أو شقق لكل منها مالك مستقل، يعتبر جزءًا خاصًا، العقارات المبنية أو غير مبنية المملوكة بالتقسيم لكل واحد من الملاك الشركاء، يفرض الاستعمال الشخصي والخاص، طبقًا لنص المادة 744 ق.م.ج.

### ج) الشخص المعنوي:

يسأل الشخص المعنوي عن الأضرار الناشئة عن دم بنائه كما يسأل أي مالك عادي طبقًا

لأحكام المادة 1386 ق. م. ف والمادة 2/140 ق. م. ج

أما إذا كان المالك شخصًا معنويًا عامًا كالدولة أو أحد الملس المحلية، أو غير ذلك من الأشخاص العامة، فإن المحاكم الإدارية هي التي تختص بدعوى مسؤولية هذا الشخص المعنوي العام، عن الأضرار الناجمة عن دم البناء الذي يمتلكه. لأن المنازعات التي تقع بين الأشخاص المعنوية العامة تكون من إختصاص القضاء الإداري، ولو أنه يصل في النهاية إلى حلول قريبة جدا من حلول القانون المدني، في المادة 1386 ق. م. ف أو المادة 2/140 ق. م. ج وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بدورها اتمعة بأن القضاء الإداري هو الوحيد المختص، يبحث الضرر المسبب من دم دار البلدية<sup>(1)</sup>.

(1) - د. جلال حمزة، المرجع السابق، ص 111.

**البند 2:- المقصود بالبناء :**

توسع القضاء الفرنسي في البداية -ومن بعده القضاء المصري- في تفسير كلمة البناء، فأدخل فيها الكثير من الأشياء كالألات والأشجار، وذلك مدف إفاة المضرور من أحكام المسؤولية عن دم البناء التي كانت في ذلك الوقت تفضل أحكام المسؤولية الشيئية<sup>(1)</sup>.

ففي ذلك الوقت كانت المسؤولية عن دم البناء تقوم على خطأ مفترض في جانب المالك وفقا للرأي الراجح في الفقه والقضاء الفرنسيين، في حين كانت المسؤولية عن الأشياء -غير البناء والحيوان- ما تزال تخضع للقواعد العامة للمسؤولية عن الفعل الشخصي والمتمثلة في المادتين 1382-1383 ق.م.ف، فكان على المضرور إذا ما أراد الحصول على تعويض عن الضرر الذي أصابه أن يثبت الخطأ في جانب المسؤول وهو حارس الشيء الذي وقع منه الضرر<sup>(2)</sup>.

ثم اكتشف القضاء الفرنسي الفقرة الأولى من المادة 1384 مدي فرنسي التي تنص على أن: "أن الإنسان يعد مسؤولا ليس فقط عن الأضرار الناجمة عن فعله الشخصي بل أيضا عن الأضرار الناجمة عن فعل الأشخاص الذين يسأل عنهم، أو عن فعل الأشياء التي تحت حراسته". فجعل القضاء الفرنسي من هذه الفقرة سندا لقاعدة عامة للمسؤولية عن الأشياء على أساس خطأ مفترض في جانب من يوجد الشيء في حراسته<sup>(3)</sup>، وكان من نتائج هذا الاهتمام إلى الفقرة الأولى من المادة 1384 أن اتجه القضاء الفرنسي إلى التضييق في تفسير كلمة "البناء" لكي يتيح للمضرور مجالا للاستفادة من تطبيق المادة 1/1384 ق.م.ف الأصلح للمضرور<sup>(4)</sup>، فقد أصبح تطبيق المادة 1384 ق.م.ف ينطوي على مزايا كبيرة للمضرور تفضل تلك التي تقدمها له المادة 1386 الخاصة بالمسؤولية عن دم البناء، ذلك أن استناد المضرور إلى المادة 1386 ق.م.ف يعني أنه ينبغي عليه أن يثبت أن الضرر يرجع إلى نقص في صيانة البناء أو عيب فيه، وهذا أمر يثقل كاهله، فهو قلما يستطيع أن يثبت ذلك.

أما إذا استند المضرور إلى المادة 1/1384 فيكفيه أن يقيم الدليل على وجود رابطة السببية بين الضرر وبين الشيء الموجود تحت الحراسة، وهذا أمر يسهل على المضرور إثباته<sup>(5)</sup>.

(1) - شريف أحمد شريف حسين، "المسؤولية الناشئة عن دم البناء في القانون المدني الأردني" رسالة ماجستير، سنة 1994، الاردن، ص 24.

(2) - شريف حسين، المرجع السابق، ص 25.

(3) - شريف حسين، المرجع السابق، ص 25.

(4) - شريف حسين، المرجع السابق، ص 25.

(5) - شريف حسين، المرجع السابق، ص 25.

وعلى ضوء التطور في نظرية المسؤولية الشيعية، وما واكب من اتجاه القضاء نحو التضييق في تفسير كلمة "البناء"، فقد عرف الفقه والقضاء البناء بأنه: "مجموعة من المواد جعلت منها يد الإنسان وحدة متماسكة، يشد بعضها البعض، وتتصل بالأرض اتصال قرار، بغض النظر عن طبيعة هذه المواد أو نوعيتها، فقد تكون من الرمل أو الاسمنت أو الحديد أو من الخشب أو غيرها من المواد. ويستوي في البناء أو يكون معدا لسكن الإنسان أو لإيواء الحيوان أو لحزن الأشياء، فالبيوت والمخازن تعتبر من قبيل البناء، بل قد لا يكون البناء معدا لشيء من هذا القبيل، فالحائط الفاصل بين حدين يعتبر بناء"<sup>(1)</sup>. ومن تطبيقات القضاء المصري على ذلك قرار محكمة النقض الصادر سنة 1953 حيث جاء فيه (متى كان الحكم المطعون فيه إذ قضى بالتعويض للمطعون عليهم عن الأضرار التي لحقت بمنزلهم، قد حمل الطاعنة مسؤولية سقوط حائط منزلها دون بيان وجه خطئها مع وجوب هذا البيان عملا بالمادة 151 من القانون المدني المصري القديم المنطبق على الدعوى، فإن هذا الحكم يكون قد خالف القانون وشابه القصور)<sup>(2)</sup>.

كما لا يشترط في البناء أن يكون مقاما فوق سطح الأرض، فالمهم هو أن يكون البناء متصلا بالأرض، ويستوي بعد ذلك أن يكون مشيدا فوق سطح الأرض، كالجسور والأعمدة التذكارية، والقناطر والخزانات والسدود، أو أن يكون مشيدا في باطن الأرض، كالأنفاق واري والمخابئ والمرافق، وأنايب المياه والغاز، إلا أن الفقيه "مازو" يرى أن ما يقع تحت سطح الأرض من أعمال لا يمكن أن تدخل في نطاق المباني إلا ما كان منها أساسا لمبنى<sup>(3)</sup>.

فالمباني التي تقصدها المادة 1386 ق.م.ف. هي ما يقيمه الإنسان بمواد على سطح الأرض على شرط أن يكون عقارا بالطبيعة.

فالبناء هو مجموعة من المواد مهما كان نوعها خشبا أو جبسا أو جيرا أو حجارة، أو حديدا، أو كل هذا معا، شيد ليد الإنسان لتتصل بالأرض اتصال قرار.

ويستوي أن يكون البناء قد شيد بقصد سكن للإنسان أو بقصد إيواء الحيوان أو تربية الدواجن، أو كحظيرة للخيل، أو كمستودع للبضائع، أو كمخزن للحبوب<sup>(4)</sup>. بل قد لا يكون البناء معدا لشيء من ذلك، فالحائط المقام بين حدين بناء<sup>(5)</sup>، ويقول الدكتور أحمد حشمت أبوستيت: "إن الرأي السليم في تفسير لفظ البناء هو الذي يقصر كلمة البناء

(1) - شريف حسين، المرجع السابق، ص 25.

(2) - معوض عبد التواب، مدونة القانون المدني، الجزء الأول، منشأة المعارف، الإسكندرية، سنة 1987.

(3) - كرتوس أمينة، "المسؤولية الناشئة عن دم البناء في القانون الجزائري" رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، سنة 2000-2001، ص

46.

(4) - د. علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 178.

(5) - د. سليمان مرقس، بحوث وتعليقات على الأحكام في المسؤولية المدنية، مطبعة السلام، 1987، ص 133.

على كل انشاء يقيمه الإنسان ويعتبر عقارا بطبيعته، فلا يكفي أن يكون عقارا بالتخصيص كالمصاعد مثلا، ومما يؤيد هذا النظر أن المشرع الفرنسي نص في المادة 518 ق.م.فرنسي بقوله : الأراضي والمباني هي عقارات بطبيعتها"<sup>(1)</sup>. ويصدق مفهوم البناء هنا أيضا على أجزاء العقار التي تعتبر من ملحقاته مثل النوافذ والشرفات والأسوار ودرجات السلم ومسندته (درايزين Rampe)<sup>(2)</sup>، وأسلاك الكهرباء المثبتة في الجدران<sup>(3)</sup> والأبواب والمداخن<sup>(4)</sup>. أما فيما يخص أسلاك الكهرباء المثبتة في البناء تخرج من معنى البناء ويخرج كذلك من مفهوم البناء ما يعتبر عقارا بالتخصيص، لأنه منقول بطبيعته مثال ذلك المصاعد أو السقالة أو التعريشات التي تقام بالمكان المخصص للعمل في فترة مباشرته<sup>(5)</sup>.

وقد كانت المحاكم الفرنسية تعتبر المصاعد من البناء، وتطبق على الأضرار الناشئة عنها المادة 1386 ولكنها أصبحت اليوم خاضعة للمسؤولية عن الأشياء غير الحية طبقا لنص المادة 1/1384 ق.م.فرنسي<sup>(6)</sup>. ولا يعتبر القضاء الفرنسي من قبيل البناء المبني خلال فترة تشييده ولا يطبق عليه أحكام المادة 1386 ق.م.ف. في حالة حدوث ضرر يسبب هدم البناء أثناء تشييده، وإنما يطبق الفقرة الأولى من المادة 1384 ق.م.ف. الخاصة بمسؤولية حارس الأشياء أي أن المسؤولية هنا لا تكون في مواجهة مالك البناء، وإنما تكون في مواجهة حارس البناء أثناء تشييده، وهو في الغالب يكون المقاول أو المهندس.

وقد أيد بعض الفقه في فرنسا موقف القضاء هذا بحجة أن المالك لا يباشر رقابة على أعمال البناء، كما أنه لا يملك إدارة تلك الأعمال، ويرى هذا الجانب من الفقه أن للمالك إذا اعتبره القضاء مسؤولا، أن يرجع على المهندس أو المقاول على أساس المسؤولية العقدية<sup>(7)</sup>. إلا أن غالبية الفقه في فرنسا قد انتقدت موقف القضاء الفرنسي هذا ولم يستطع الفقه تفسير موقف القضاء الفرنسي إلا بالقول أن هذا الموقف إنما يعبر عن رغبة القضاء الفرنسي في تضييق نطاق تطبيق المادة 1386 مدني، وفتح ا مال أمام الفقرة الأولى من المادة 1384 مدني الأصلح للمضور.

أما في القانون المصري فلا يفرق الفقه والقضاء بين ما إذا كان الضرر ناجما عن دم البناء أثناء تشييده، أو بعد الانتهاء من عملية التشييد وإتمام البناء، وذلك لأن القانون المصري قد ربط المسؤولية عن دم البناء بالحراسة لا بالملكية، كما هو الحال في القانون الفرنسي والجزائري، فيكون المسؤول هو حارس البناء أي المسيطر عليه سيطرة فعلية

(1) - د. سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 133.

(2) - د. علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 178.

(3) - د. محمد كامل مرسي، المرجع السابق، ص 293.

(4) - د. عبد ا يد الحكيم، عبد الباقي البكري محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، ج1، طبعة 1980، ص 274.

(5) - د. عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 399.

(6) - د. علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 179.

(7) - كرتوس امينة، المرجع السابق، ص 45-48.

وقت حدوث التهدم، سواء حدث التهدم أثناء عملية التشييد أو بعد الانتهاء منها طالما أنه في الحالتين يكون تحت سيطرة الحارس الفعلية، ولذلك فإن القضاء المصري يطبق أحكام المادة 177 ق.م.مصري سواء حدث التهدم أثناء تشييد البناء أو بعد الانتهاء من عملية التشييد، وكذلك لا يعتبر بناء آلات الحرت والري غير المثبتة بالأرض وأواني الزهور الموجودة بالبناء، وأحواض أسماك الزينة وأسلاك الكهرباء المعلقة في الهواء<sup>(1)</sup>، وأسلاك التليفون المعلقة. وقد كانت المحاكم الفرنسية المختلطة تحمل مصلحة التليفونات مسؤولية الضرر الذي يترتب على انقطاع أحد الأسلاك وتسندها إلى خطأ الصيانة<sup>(2)</sup>.

بينما تطبق على هذه الأسلاك في القانون الجزائري أحكام المسؤولية عن الأشياء غير الحية طبقاً للمادة 138<sup>(3)</sup>. ولا يعتبر بناء السياج palissade أو المعسكر Braquement لعدم توافر فيهما شروط البناء بالمفهوم القانوني<sup>(4)</sup>.

### - تعريف المشرع الجزائري للبناء:

لقد عرف المشرع الجزائري البناء في المادة 01/03 من القانون 04/11 على أنه: " كل عملية تشييد بناية و/أو مجموعة بنايات ذات الإستعمال السكني أو التجاري أو الحرفي أو المهني " وعرفته كذلك المادة 01/02 من القانون 15/08 المحدد لقواعد مطابقة البناء وإتمام إنجازها، على أنه: " كل بناية أو منشأة يوجه إستعمالها للسكن أو التجهيز، أو النشاط التجاري أو الإنتاج الصناعي والتقليدي أو الإنتاج الفلاحي أو الخدمات. تدخل البنايات والمنشآت والتجهيزات العمومية في إطار تعريف هذه المادة".

(1) - د. علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 179.

(2) - د. محمود جلال حمزة، المسؤولية الناشئة عن الأشياء غير الحية في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 1988، ص 113.

(3) - د. علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 179.

(4) - Jean( Carbonnier), Droit civil, 4 les obligations, p375.

الفرع الثاني: أن يكون الضرر ناشئاً عن التهدم الكلي أو الجزئي للبناء

البند 1: مفهوم تهدم البناء :

يشترط لقيام مسؤولية مالك البناء أن يكون الضرر الذي أصاب الغير ناجماً عن دم البناء فلا يكفي أن يكون بفعل البناء وإنما يلزم أن يكون هذا الفعل هو ا دام البناء<sup>(1)</sup>. فإذا كان البناء هو مجموعة متماسكة من مواد شيداً يد الإنسان وجعلتها متصلة بالأرض اتصال قوياً، فإن تفكك هذه الأجزاء عن بعضها البعض يقال أن البناء قد دم.

وكان القضاء الفرنسي يتوسع في تفسير معنى التهدم، فكان يعتبر انفجار ماكينة أو سقوط مصعد دماً، ولكن محكمة النقض في حكمها الصادر في 10/02/1925، 26/06/1924 تطلبت دماً حقيقياً بالمعنى الحرفي للكلمة (Ruine) هو التهدم الكامل. إلا أن في القانون الجزائري -الفقرة الثانية من المادة 2/140 ق.م.ج- تطبق في كل دم سواء ا مار البناء كله أو تساقطت بعض أجزائه فقط أو حتى دم الأجزاء المرتبطة به كالنوافذ والسلالم وغيرها مثلها مثل العناصر الأساسية في البناء ذاته على اعتبار أن تبث عادة في البناء على نحو يجعلها لا تقبل الانفصال عنه دون تلف<sup>(2)</sup>، لذلك فإن عبارة " دم البناء " لا يقصد منها الا يار أو الهبوط الكامل للبناء، بل يكفي أن يكون التهدم جزئياً كما تذكر المادة 2/140 ق.م.ج، بل ويكفي تطبيق هذه المادة حتى في حالة سقوط ولو قطعة صغيرة من البناء، فلو انفصل حجر من البناء أو قرميد من سقفه، فيعتبر ذلك دم بجانب البناء<sup>(3)</sup>، كذلك يعتبر دماً سقوط أحد الأسقف أو الجدران أو الشرفة أو السلم، ويستوي أن يكون البناء قديماً أو جديداً، معيباً أو غير معيب.

ولكن سقوط حوض أزهار أو أصيص به زرع من نافذة أو شرفة أحد المنازل فجرح أحد المارة، فلا يعتبر الضرر الناشئ عن ذلك ناشئاً من دم البناء، لأن هذا الحوض أو الأصيص لا يكون جزءاً من البناء<sup>(4)</sup>. وكذلك لا يعتبر الضرر الناشئ عن دم البناء لو زلقت رجلاً على أرض بناء دهنت مساحته بمادة لزجة فأصيب هذا الشخص بضرر، فإن هذا الضرر لا يعتبر ناجماً عن دم البناء، أو سقط شخص من فتحة في سطح الدار لم تكن محاطة بحاجز، فعندئذ يجب عليه أن يثبت خطأً في جانب المسؤول<sup>(5)</sup>.

(1) - جلال علي عدوى، مصادر الالتزام، الدار الجامعية، سنة 1994، ص379.

(2) - أنظر أكثر : د. ناجي ياقوت، مسؤولية المعماريين، دار هدى للطباعة والنشر، ص83.

(3) - د. يوسف جبران، القانون والجريمة وشبه الجريمة، الطبعة الثانية، سنة 1981، ص233.

(4) - د. لبيب شنب، الموجز في مصادر الالتزام، ص105.

(5) - د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص423.

وكذلك الحال لو أن جسما صلبا سقط من النافذة على شخص أصابه بأذى فلا يعد ذلك ناتجا عن دم البناء ويمتنع على المضرور الاستناد إلى مسؤولية مالك البناء للمطالبة بالتعويض طالما لم يكن سقوط هذا الشيء ناتجا عن هدم نافذة، وإن كانت مطالبته به، على أساس مسؤولية حارس الأشياء ممكنة إذا توافرت شروطها المنصوص عليها في المادة 138 ق.م.ج.

وغني عن البيان أن التهدم الذي يرجع إلى نشوء حريق في البناء لا تطبق عليه الفقرة الثانية 140 ق.م.ج، بل تطبق عليه الفقرة الأولى من نفس المادة، أما إذا وقع التهدم بعد ذلك فإن الفقرة الثانية من المادة 140 ق.م.ج هي التي تطبق على اعتبار أن هذا يرجع إلى التهدم المقصود بالمادة 2/140 ق.م.ج.

### البند2): أن يرجع التهدم إلى نقص في الصيانة أو عيب في البناء أو قدم فيه :

لا يكفي لقيام المسؤولية عن دم البناء، أن يقع دم ويصيب الغير بضرر، بل يجب أن ينحصر هذا التهدم في الإهمال في الصيانة أو العيب فيه أو القدم في عهده، والإهمال في الصيانة هنا يقصد به عدم القيام بالإصلاحات والترميمات التي يحتاج إليها البناء وأما العيب في البناء، أي الخلل الذي رافق عملية البناء ذا l. أما القدم، فهي المدة التي انقضت من تاريخ إنشائه حتى حصول التهدم أو الا يار ويحدث ذلك حتى ولو خلى البناء من عيب أو إهمال في صيانتته<sup>(1)</sup>. وخارج نطاق هذه الشروط فإن الفقرة الثانية من المادة 140 ق.م.ج لا تطبق، وعلى المضرور أن يرجع على المالك أو على الغير ولكن على أساس قانوني آخر أو أن يرجع للمادة 138 ق.م.ج باعتباره حارسا للشيء محدث الضرر، وإما أن يرجع إلى القواعد العامة طبقا لنص المادة 124 ق.م.ج، وفي كلتا الحالتين (أي المادة 124 و 138 ق.م.ج) نجد النطاق أرحب وأوسع من نطاق الفقرة الثانية من المادة 140 ق.م.ج<sup>(2)</sup>.

ولكن بالنسبة لمضمون المادة 2/140 ق.م.ج، فإن المالك هو الذي يقوم بعبء الإثبات ليدفع عن نفسه قيام هذه المسؤولية، بأن يثبت أن هذا التهدم لا يرجع إلى الإهمال في الصيانة ولا إلى عيب في البناء أو قدم فيه، وهذا بخلاف لو رجع إلى القواعد العامة فإن المضرور هو الذي يكلف بالإثبات طبقا لنص المادة 124 ق.م.ج أو الرجوع إلى

(1) - د. لبيب شنب، المرجع السابق، ص106.

(2) - بوسنة شاخمي، "المسؤولية الناشئة عن دم البناء -دراسة مقارنة-" رسالة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة قسنطينة، سنة

مضمون المادة 138 ق.م.ج طبقا للمعيار المتمثل في الحارس المسؤول عن الشيء، فالمشرع الجزائري ومثله بعض التشريعات العربية<sup>(1)</sup>، نقل عبء الإثبات من المضرور باعتباره المدعى بالضرر إلى المالك باعتباره المدعى عليه<sup>(2)</sup>. ولا شك أن هذه النظرة تختلف عن القواعد العامة في الإثبات والهدف من ذلك طبعاً هو مصلحة المضرور باعتباره الجانب الضعيف في مثل هذه الحالات، فالمالك هو الذي يكلف بإثبات أن البناء لا يحتاج إلى إصلاح أو ترميم أو تجديد، فإن استطاع ذلك انتفت مسؤوليته عن البناء طبقاً للفقرة الثانية من المادة 140/ق.م.ج. ولكن قد يسأل طبقاً لنص آخر كما ذكرنا سابقاً<sup>(3)</sup>، ولا يعفى من هذه المسؤولية إلا ينفي علاقة السببية بين خطئه المفترض والضرر الذي أصاب المضرور<sup>(4)</sup>.

ولكننا نرى أن هذه التسهيلات التي اعتبرها في صالح المضرور خاصة بالنسبة للمادة 1386 مدني فرنسي، تكتنفها صعوبة للمضرور خاصة وأن العيب في البناء أو نقص الصيانة مسائل تقنية تحتاج إلى خبرة ودراية في هذا المجال.

(1) - مثل المشرع السوري في المادة 178/ق.م، والمشرع المصري في المادة 1/177 ق.م.

(2) - بوستة شامخي، المرجع السابق، ص 77.

(3) - بوستة الشامخي، المرجع السابق، ص 77.

(4) - بوستة الشامخي، المرجع السابق، ص 77.

### البند 3): حالة التهدم لأسباب أخرى

إن تطبيق نص المادة 1386 مدني فرنسي، والمقابلة للمادة 2/140 مدني جزائري لا يتم إلا في نطاق الشروط المحددة قانونا والمتمثلة أساسا في التهدم الذي يرجع إلى العيب في البناء أو النقص أو الإهمال في الصيانة أو القدم في البناء ولكن قد يقع التهدم خارج هذه الشروط، ويرجع إلى أسباب أخرى مثل التهدم الناجم عن الحرائق أو التهدم الذي يرجع إلى أعمال البناء أو التهدم الذي يحصل بمناسبة الترميمات والإصلاحات للبناء أو أثناء عملية الهدم أو الردم المقصود، أو التهدم الذي يقع أثناء قيام حرب أو أعمال تخريبية، في مثل هذه الحالات يبدو أنه يستبعد تطبيق نص المادة 1386 مدني فرنسي المقابلة للمادة 2/140 مدني جزائري.

#### 1. حالة التهدم الذي يرجع إلى نشوب حرائق :

في مثل هذه الفرضية فإن الافتراض الوارد بالمادة 1386 ق.م.ف المقابلة للمادة 2/140 ق.م.ج، بالنسبة للأضرار الناجمة عن التهدم الذي يتسبب فيه حرائق، لأنه في مثل هذه الحالة لا بد من الرجوع إلى الفقرة الثانية من المادة 2/1384 ق.م.ف المقابلة للمادة 1/140 ق.م.ج والتي تتطلب من المضرور إثبات الخطأ في جانب المسؤول أو في جانب من هو مسؤول عنه<sup>(1)</sup>. وعلى المضرور إثباته حتى يحصل على التعويض عما أصابه من ضرر، ولكن البناء الذي يتعرض للحريق ثم يبقى مدة معينة ثم يتهدم يكون المالك عنه طبقا لقواعد المسؤولية المدنية عن دم البناء غير أن الانفجار الذي يعود إلى دم البناء لا يكون خاضعا لنص المادة 1386 ق.م.فرنسي المقابلة لنص المادة 2/140 ق.م.ج.

#### 2. بالنسبة لأعمال الترميمات والتصليلات :

إن المادة 1386 مدني فرنسي المقابل لنص المادة 2/140 ق.م.ج لا تطبق إطلاقا على الأضرار الناجمة في هذه الحالة، وهذا لا يؤدي إلى إغفاء المسؤولية العامة، ولكن المادة 1386 ق.م.ف المقابلة لنص المادة 2/140 ق.م.ج قد تطبق إذا كان التهدم مفاجئ في أعمال الترميمات أو التصليلات التي ترجع إلى عيب في البناء أو الإهمال في الصيانة .

(1) - بوسنة الشاخي، المرجع السابق 78.

**4. أعمال الهدم المقصود أو الردم :**

أعمال أو أشغال الهدم المقصود تخضع لنظام مماثل لذلك الذي يخضع له المسؤول عن أشغال الترميم والتصليلات فيما يخص تطبيق المادة 1386 ق.م.ف للحوادث التي تقع بسبب دم البناء بمناسبة الأشغال لا يخضع للمادة 1386 ق.م.ف، إذا لم يثبت عيب في البناء أو إهمال في الصيانة<sup>(1)</sup>.

---

(1) - د. نور الدين تركي، المبادئ العامة للمسؤولية المدنية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ص 163 .

**المطلب الثاني: نطاق تطبيق التنظيم الخاص بالإجراءات الوقائية الواردة بالفقرة الثالثة من المادة 140**

ق.م.ج :

لقد سبق القول بانعدام الانسجام بين أحكام المسؤولية المدنية كإجراء علاجي جاء لجبر الضرر الذي يصيب الغير، وبين الإجراءات والتدابير الوقائية التي لا تنطوي على معنى التعويض بقدر ما تدف إلى استبعاد حصول الضرر في المستقبل.

ويرى البعض أن فوق هذا، أن النص لا ينسجم مع أحكام المسؤولية عن دم البناء، ومبدأ افتراض المسؤولية الوارد هذه المسؤولية، فإن الفقرة الثالثة من المادة 140 ق.م.ج تجد مكانا المناسب ضمن الفصل الأول من الباب الثاني، من أحكام عقد الإيجار في القانون المدني الجزائري<sup>(1)</sup>.

علما أن ليست الفقرة الوحيدة ضمن أحكام القانون المدني التي حررت هذا الأسلوب، بل اعتمد المشرع الجزائري نفس الأسلوب في تحرير مواد أخرى متناثرة ضمن بنود القانون المدني الجزائري، ومنها المادة 480 ق.م.ج التي اعتمدت نفس الأسلوب<sup>(2)</sup>.

وتنص الفقرة الثالثة من المادة 3/140<sup>(3)</sup> ق.م.ج. على ما يلي "يجوز لمن كان مهددا بضرر يصيبه من البناء أن يطالب المالك باتخاذ ما يلزم من التدابير الضرورية للوقاية من الخطر، فإن لم يقم المالك بذلك جاز الحصول على إذن من المحكمة في اتخاذ هذه التدابير على حسابه"، ولاشك أن هذا النص يسمح للجميع بحق المطالبة من المالك القيام بالتدابير الضرورية للوقاية من خطر التهدم. وأول من يجوز له اتخاذ مثل هذه التدابير هو المستأجر أو المقيم هذا البناء ولكن على أساس آخر هو نص المادة 480 ق.م.ج السالفة الذكر، أما الغير فهو مجبر على الرجوع إلى نص المادة 3/140 ق.م.ج.

ولاشك أن أساس هذه الإجراءات أو التدابير الوقائية هو نص القانون سواء الفقرة الثالثة من نص المادة 3/140 أو نص المادة 480 ق.م.ج، التي تحكم بصفة خاصة العلاقات التعاقدية والتي تدخل ضمن أحكام عقد الإيجار، ولكن الاختلاف بينهما يظهر من حيث تطابق كل منهما فالثانية خاصة بالعلاقات العقدية فقط بالنسبة للمادة 480 ق.م.ج.

(1) - د. نور الدين تركي، المرجع السابق، ص 163.

(2) - تنص المادة 480 ق.م.ج "قانون رقم 05/07 مؤرخ في 2007/05/13 في حالة عدم تنفيذ المؤجر لالتزامه بالصيانة وبعد أعذاره بموجب محرر غير قضائي يجوز للمستأجر المطالبة بفسخ العقد أو إنقاص بدل الإيجار، دون الإخلال بحقه في التعويض...".

(3) - تقابلها نفس المادة 177 ق.م.مصري والمادة 229 مدني عراقي والمادة 2/290 ق.م.أردني.

أما بالنسبة لنص المادة 140/3 م.ج فللمضروب أن يطلب من المحكمة أن تأذن له باتخاذ التدابير الوقائية على ذمة المالك، وإذا قام هذه التدابير حارس البناء أو المستعير أو الحائز أو المقيم هذا البناء، فإن له الحق في الرجوع على المالك في هذه الحالة بما أنفقه في سبيل ذلك، لأن المالك هو المسؤول عن بنائه<sup>(1)</sup>.

ولاشك أن مبدأ الإثراء بلا سبب وخاصة فكرة الفضالة لهما دور أساسي في بناء هذه النصوص، ونعتقد أن الأساس المباشر لاسترداد النفقات التي يقوم بها الغير، لدرء خطر المبنى الذي يملكه الغير الذي لم يقوم بمثل هذه الإجراءات في الوقت المناسب.

في الحقيقة أن هذه التدابير الوقائية معروفة في القانون الروماني، حيث كان هذا القانون يعطي الجار الذي يهدده خطر بناء حائط مملوك لجاره، أن يتقدم بدعوى وقائية إلى البريتور، يطلب فيها إلزام المالك بترميم البناء الآيل للسقوط، فإذا لم يبادر المالك بإصلاحه، فإنه يجيز لمن يهدده البناء بالخطر أن يضع يده عليه، ويقوم بإصلاحه على نفقة المالك<sup>(2)</sup>.

وقد أخذ القانون الفرنسي القديم عن القانون الروماني هذا الإجراء الوقائي فكان للجار في سبيل إجبار مالك البناء على الترميم، أن يقوم به على نفقة المالك إذا رفض هذا الأخير أو تباطأ في القيام بأعمال الترميم<sup>(3)</sup>.

أما القانون المدني الفرنسي الحالي فلم ينص على هذا الإجراء الوقائي، إذ اقتصر هذا القانون على وضع قاعدة تعويضية هي 1386 ق.م.ف، يقصد منها تعويض من أصابه ضرر من دم البناء<sup>(4)</sup>.

ومن التطبيقات على التدابير الوقائية قرار محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 19 فبراير 1945 حيث جاء فيه "إذا كان صاحب البناء مع إعلامه بوجود خلل فيه يخشى أن يؤدي إلى سقوطه المفاجئ قد أهمل في صيانته، حتى سقط على من فيه فلا ينفي مسؤوليته عن ذلك أن يكون الخلل راجعاً إلى عيب في السفل غير المملوك، لدى فإنه كان يتعين عليه حين أعلن بوجود الخلل في ملكه، أن يعمل على إبعاد الخطر عن كانوا يقيمون فيه، سواء بإصلاحه أو بتكليفهم إخلائه، وما دام هو لمن يفعل فإن الحادث يكون قد وقع نتيجة عدم احتياطه، وتلزمه تبعته"<sup>(5)</sup>.

(1) - د. علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 185.

(2) - د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، الجزء الأول، إحياء التراث العربي، طبعة 1952، ص 1219.

(3) - د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ج 1، ص 1219.

(4) - د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ج 1، ص 1219.

(5) - د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ج 1، ص 1219.

المطلب الثالث : الأساس القانوني الذي تبنى عليه الفقرة الثانية الخاصة بالمسؤولية عن تهدم

البناء من المادة 140 ق.م.ج

تنص المادة 2/140 ق.م.ج : " مالك البناء مسؤول عما يحدثه انهدام البناء من ضرر ولو كان انهداما جزئيا، ما لم يثبت أن الحادث لا يرجع سببه إلى إهمال في الصيانة أو قدم في البناء أو عيب فيه". يتبين لنا من خلال هذه الفقرة أنه يوجد اختلافا بينها وبين نص المادة 1386 ق.م. ف التي أثارت جدلا بشأن الأساس الذي تبنى عليه المسؤولية الناجمة عن تطبيق هذا النص، إلا أننا نرى أن الفقرة الثانية من المادة 140 ق.م.ج أكثر وضوحا من النص الفرنسي، ولعلّ الجدل الذي ثار بشأن المادة 1386 مدني فرنسي مرده إلى الصراع القائم بين أنصار فكرة الخطأ وما تحمله هذه الفكرة من أبعاد سياسية واقتصادية واجتماعية، وأنصار نظرية المسؤولية الموضوعية أو المسؤولية بقوة القانون وما تحمله من توجهات مختلفة<sup>(1)</sup>، بل هناك من حاول الجمع بين فكرة الخطأ وافترض وجود الخطأ الذي لا يقبل إثبات العكس، إذ أنه يرى بأن هذه المسؤولية مبنية على وجهتين، وجهة تقبل إثبات العكس، وأخرى لا تقبل إثبات العكس<sup>(2)</sup>. وهناك من يقول بأنه هذه المسؤولية هي مسؤولية موضوعية، ولكن فكرة الخطأ ليست غريبة عنها بتاتا<sup>(3)</sup>، بل هناك من قال بأن المادة 1386 ق.م. ف كغيرها من المواد التي تحكم المسؤولية عن الأشياء (1385 و1384) مبنية على فكرة الحراسة.

ومما لا شك فيه أن المادة 2/140 ق.م.ج، تستمد أصلها التاريخي من المادة 1386 ق.م.فرنسي، ولا ريب في أن المشرع الجزائري استفاد الكثير من الاجتهادات القضائية الفرنسية والمصرية لذا نجد عدل في مضمون المادة 1386 ق.م.ف. إذ لم ينقلها حرفيا كما فعل كذلك مع مضمون المادة 177 ق.م.مصري بما يتماشى والظروف التاريخية والاجتماعية والاقتصادية للمجتمع الجزائري.

ونعتقد أن تشكيل المادة 140 ق.م.ج، في صياغتها الحالية هي مزج للمادتين 1386 مدني فرنسي، والمادة 177 مدني مصري.

وتقضي نص المادة 1386 ق.م.ف. بمسؤولية مالك البناء عن الأضرار الناشئة عن دمه، إذا أثبت المضرور أن سبب التهدم يرجع إلى عيب البناء أو إهمال في الصيانة، فإذا أثبت المضرور أحد هذه الأسباب التي تقوم على قرينة قاطعة لا تقبل إثبات العكس، وهذه القرينة التي تجد مصدرها في فرنسا في حكم الدوائر ا تتمتع بمحكمة النقض الصادر في 1930/02/13، ويرى من قال لذا الرأي أن هذه القرينة في الحقيقة تفتقر إلى السند التشريعي لهذا

(1) - د . لبيب شنب، المرجع السابق، ص109، كذلك د. سليمان مرقس، المرجع السابق، ص49.

(2) - د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ج1، ص1076.

(3) - د. يوسف جبران، النظرية العامة للموجبات، مصادر الموجبات، منشورات عويدات، مع الاشتراك مع ديوان المطبوعات

الجامعية الجزائرية، طبعة 2، 1981، ص224.

النص، خاصة وأن القرائن القاطعة لا تكون إلا بنص القانون<sup>(1)</sup>. لذلك اعتبر البعض أن هذه القرينة ضعيفة الأهمية نظرا لفقدانها السند التشريعي، إذ أنه متى ظهر أن التهدم يرجع إلى نقص في الصيانة أو عيب في البناء، كان من السهل أن نستنبط ذلك من القرائن القضائية أن المالك مخطئ في عدم تلاقي هذا العيب أو النقص في الصيانة فيستغني بذلك عن القرينة القانونية التي نصت عليها المادة 1386 ق.م.ف<sup>(2)</sup>. بل أن هناك من قال أن الصعوبة التي تواجه المضرور في إثبات العيب في البناء، أو انعدام الصيانة تفوق الإثبات العادي طبقا للقواعد العامة، ذلك أن الإثبات طبقا لنص المادة 1386 ق.م.ف يتطلب خبرة تقنية يفتقر إليها المضرور عادة.

ونرى أن المشرع الجزائري، قد نقل عبئ الإثبات من المضرور إلى المالك لتلاقي هذا العيب في النظام

الفرنسي، فهل هذا الاختلاف بين النصين الجزائري والفرنسي يدعو إلى اختلاف الأساس القانوني لكل منهما؟ نعتقد أن الفرق بين النصين الجزائري والفرنسي جوهري إذ أنه رغم الآراء السابقة بشأن الأساس القانوني للمادة 1386 ق.م.ف إلا أنه يوجد العديد من الفقهاء في فرنسا يرون أن الأساس الذي تبنى عليه المسؤولية الناجمة عن هذا النص، هو فكرة الخطأ الواجب الإثبات من طرف المضرور الذي يقوده مباشرة إلى الحصول على التعويض عما أصابه من ضرر.

إن الأساس الذي تقوم عليه المسؤولية الناشئة عن دم البناء في القانون الفرنسي تختلف عنه في القانون المصري والجزائري وهذا ما يقودنا إلى البحث في أساس المسؤولية في القانون الفرنسي من جهة وفي القانون المصري والجزائري من جهة ثانية.

(1) - د. محمد حسنين، المرجع السابق، ص 211.

(2) - سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 518.

الفرع الاول : أساس المسؤولية في القانون الفرنسي :

تنص المادة 1386 من ق.م.ف. على أن مالك البناء يكون مسؤولاً عن الأضرار الناشئة عن دمه إذا كان ذلك راجعاً إلى نقص في الصيانة أو عيب في التشييد وتحقق مسؤوليته متى أثبت المضرور أن الضرر يرجع إلى نقص في صيانة البناء أو إلى عيب فيه، لذلك أسس فقهاء القانون المدني الفرنسي المسؤولية على افتراض وقوع الخطأ من المالك في تشييد البناء أو في صيانتته.

فإذا أثبت المضرور أن التهدم يرجع إلى عيب في البناء أو إهمال في الصيانة أو أحد هذه الأسباب، تقوم قرينة قانونية قاطعة لا تقبل إثبات العكس، وهذه القرينة تجد مصدرها في فرنسا في حكم الدوائر ا تمعة بمحكمة النقض الصادر في 1930/02/13، ويرى من قال هذا الرأي أن هذه القرينة في الحقيقة تفتقر إلى السند التشريعي لهذا النص، وخاصة أن القرائن القاطعة لا تكون إلا بنص القانون<sup>(1)</sup>، لذلك اعتبر البعض أن هذه القرينة ضئيلة الأهمية نظراً لفقدانها السند التشريعي.

بل أن هناك من قال أن الصعوبة التي تواجه المضرور في إثبات العيب في البناء، أو انعدام الصيانة تفوق الإثبات العادي طبقاً للقواعد العامة، ذلك أن الإثبات طبقاً لنص المادة 1386 ق.م.ف.، يتطلب خبرة تقنية يفتقر إليها المضرور عادة.

ولكن السؤال المطروح هل يجوز للمالك أن يدحض هذا الخطأ كأن يثبت أن العيب في البناء أو النقص في الصيانة لا يرجع إليه؟

يظهر من النص أنه لا يمكن ذلك، لأن هذا الخطأ مبني على قرينة قاطعة لا تقبل إثبات العكس، ولعل هذا ما جعل البعض يقول بأن المادة 1386 ق.م.ف. لا تختلف من حيث الأساس على المادتين 1385 و1384 ق.م.ف.، وهذا ما يفسر أن المالك البناء مسؤول حتى ولو لم يكن الحارس للشيء.

ويرى البعض أن هذه الفكرة هي التي جعلت جانب من الفقه المؤيد لنظرية المسؤولية الموضوعية، يعتقد أن هذه المسؤولية مبنية على هذا الأساس لأن مسؤولية المالك تقوم دون حاجة إلى إثبات فكرة الخطأ، لأن المالك هو المستفيد من البناء بحكم ملكيته له، ولكن هذا الرأي محل نظر لأن أنصار المسؤولية الموضوعية أنفسهم مترددون حول تثبيت هذه الفكرة<sup>(2)</sup> لأن التسليم بهذا الرأي يقودنا مباشرة إلى القول بأن هذه المسؤولية مبنية على حق الملكية، ولكن

(1) - د. محمد حسنين، المرجع السابق، ص211، كذلك وحيد الدين سوار، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مطبعة الرياض، دمشق، سوريا، ص1966، حيث يرى : "أنه إذا أثبت المضرور الذي أصابه ضرر يستند إلى دم لبناء قامت قرينة على خطأ الحارس في صيانة البناء أو في إصلاحه، أو في تجديده، غير أن القرينة هنا ليست قاطعة بمعنى أنه يجوز أن يدفعها عن طريق إقامة الدليل، العكس كان يثبت أن البناء لم يكن في حاجة إلى الصيانة، أو الإصلاح أو التجديد، أو أنه عهد بإشادة البناء إلى مهندس موثوق، تتوفر فيه كل الضمانات، وأنه كان يستحيل عليه كشف العيب في البناء.

(2) - د. محمد وحيد الدين سوار، المرجع السابق، ص165.

هذا الرأي غير سليم لأنه لو كان الأمر كذلك، فلماذا لا تقوم هذه المسؤولية في كل الحالات؟ ولماذا حصر المشرع قيام هذه المسؤولية بمحالتين فقط هما العيب في البناء، والإهمال في الصيانة؟ ثم لماذا ألزم المشرع المضور إثبات ذلك؟ والسؤال المطروح هنا، ما معنى الخطأ الذي لا يقبل إثبات العكس؟ ألا يعني ذلك أن هذه المسؤولية مبنية حقا على نظرية المخاطر أو المسؤولية الموضوعية التي لا تقوم على مفهوم الخطأ إطلاقا لأن المالك يسأل دون حاجة إلى إثبات انتفاء خطئه، بل أن المالك يسأل ولو كان غير مميز<sup>(1)</sup>. إلا أن محكمة النقض الفرنسية تربط دائما تطبيق نص المادة 1386 ق.م.ف بضرورة إثبات الخطأ المتمثل في العيب الموجود في البناء، أو الإهمال في الصيانة مما أدى جانب كبير من الفقه الفرنسي إلى اعتبار المادة "1386" تطبيقا خاصا للمادة "1382" مدني فرنسي، وما هي إلا صورة من صور هذه المادة<sup>(2)</sup>.

وهذه القرينة قاطعة في القانون المدني الفرنسي، فليس أمام المالك إلا بنفي علاقة السببية بين خطئه المفترض والضرر الحادث بإثبات القوة القاهرة أو خطأ المضور<sup>(3)</sup>.

كما يرى الدكتور محمود جلال حمزة أن الأساس الذي تقوم عليه هذه المسؤولية هو الخطأ الواجب الإثبات في المرحلة الأولى بمعنى، أن على المصاب أن يثبت الإهمال في صيانة البناء، أو العيب في التشييد، وعلاقة السببية بين الإهمال في الصيانة أو العلة في البناء من جهة، والضرر الذي أصابه من جهة أخرى، فإذا ما استطاع ذلك قامت في المرحلة الثانية قرينة قاطعة في مواجهة المالك، لا يمكن إحاضها إلا بإثبات السبب الأجنبي.

فمتى أثبت المضور أن الضرر حدث بسبب التهدم، وأن التهدم يرجع إلى نقص لصيانة أو عيب في التشييد، قامت مسؤولية مالك البناء، ولا يكون أمامه إلا بنفي علاقة السببية بين خطئه المفترض والضرر الحادث بإثبات السبب الأجنبي.

وإذا قام المالك بدم بنائه دون أن يتخذ الاحتياطات اللازمة، وتساقط البناء بشكل غير متوقع على أحد المارة وأصابه بضرر لا ينطبق هنا حكم المادة 1386 ق.م.ف.بل نص المادة 1/1384 بصفته حارسا للأشياء، لأن السقوط في هذه الحالة لم يكن بسبب الإهمال في الصيانة أو عيب في التشييد<sup>(4)</sup>.

(1) - د. لبيب شنب، المرجع السابق، ص 109، د. يوسف نجم جبران، المرجع السابق، ص 234.

(2) - غير أن هذا الرأي غير صحيح على أساس أن فكرة الخطأ في نص المادة 1382 ق.م.فرنسي يختلف عن مفهوم الخطأ الوارد في نص المادة 1386 ق.م.فرنسي، حيث أن مفهوم الخطأ طبقا لنص المادة 1386 خطأ غير قابل لإثبات العكس، إلا في حالة القوة القاهرة أو خطأ المضور ذاته.

(3) - د. محمد حسنين، المرجع السابق، ص 205.

(4) - د. محمود جلال حمزة، المرجع السابق، ص 119.

و إذا قضت الغرفة المدنية بمحكمة النقض الفرنسية في حكم لها بتاريخ 12/07/1966، قالت فيه، أنه إذا توافرت شروط المسؤولية عن دم البناء وجب تطبيق نص المادة 1386 ق.م.ف. دون المادة 1/1384 ق.م.ف.، وإذا لم تتوافر شروط المسؤولية عن دم البناء طبقت أحكام المادة 1/1384<sup>(1)</sup>.

إن المشرع الفرنسي اتخذ من نقص الصيانة أو عيب البناء قرينة قانونية أقام على أساسها مسؤولية المالك، غير أن هذه القرينة التي أنشأها المادة 1386 من ق.م.ف.، إن كانت تضع المضرور في وضع أفضل وأحسن فيه المادة 1382 من ق.م.ف.، فإنها تضعه مع ذلك في وضع أكثر صعوبة مما تضعه فيه المادة 1/1384 من ق.م.ف.

## الفرع 2: أساس المسؤولية في القانون المصري والجزائري :

### البند 1: في القانون المصري

أسس القانون المدني المصري الحالي مسؤولية حارس البناء على الخطأ المفترض<sup>(2)</sup>، فالحارس يعتبر مسؤولاً عن الأضرار التي تصيب الغير من جراء دم البناء، إذ أن مجرد وقوع مثل هذا الضرر يكفي لاعتبار الحارس مسؤولاً عن الخطأ في جانبه، أي أن دم البناء راجع إلى إهمال الحارس في صيانتته أو قدمه، أو وجود عيب فيه، فهناك تقصير من الحارس حيث أنه لم يحمي بالمعنى اللازم والمطلوبة بصيانة البناء أو بتجديده أو بإصلاحه، فتنتج عن هذا التقصير دم البناء.

غير أن المشرع المصري أجاز للحارس أن ينفى على نفسه الخطأ بإثبات أن البناء لم يكن في حاجة إلى صيانة أو إصلاح أو تجديد<sup>(3)</sup>. فإذا عجز عن إثبات ذلك، اعتبر التهدم راجعاً إلى خطئه المفترض، ولا يكون أمامه من سبيل لدفع المسؤولية بعد ذلك إلا بنفي علاقة السببية بين خطئه والضرر<sup>(4)</sup>.

وافترض الخطأ على النحو الذي ذكرناه، يعني تشديد في مسؤولية حارس البناء لمساعدة المضرور في الحصول على التعويض وذلك بإعفائه من عبء إثبات الخطأ وهذا ما يميز القانون المصري عن القانون الفرنسي.

فالقانون الفرنسي يتطلب لإقامة مسؤولية مالك البناء أن يثبت المضرور أن الضرر الذي لحقه راجع إلى دم البناء، وأن هذا التهدم ناشئ عن عيب في تشييد المبنى أو عن نقص في صيانتته، أما في القانون المصري يكفي حدوث الضرر بسبب التهدم، ويفترض بعد ذلك أن التهدم راجع إلى عيب بالبناء أو نقص في صيانتته أو قدمه<sup>(5)</sup>.

(1) - د. علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 183-184.

(2) - د. محمد حسنين، الوجيز في نظرية الالتزام، مصادر الالتزامات وأحكامها في القانون المدني الجزائري، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، طبعة 1983، الجزائر، ص 257.

(3) - د. توفيق حسن الفرّج، النظرية العامة للالتزام في مصادر الالتزام مع مقارنة بين القوانين العربية، الدار الجامعية، بيروت، ص 420.

(4) - د. أنور سلطان، مصادر الالتزام، الوجيز في النظرية العامة في الالتزام، دار النهضة العربية، بيروت، 1983، ص 395.

(5) - د. حسين منصور، المسؤولية المعمارية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ص 257-258.

كما يرى البعض أن المادة 177 ق.م.مصري مبنية على أساس قانوني ذو شقين، الشق الأول منه يقبل إثبات العكس كأن يثبت المالك أن البناء لم يكن بحاجة إلى صيانة أو تجديد أو إصلاح فإذا قام هذا الإثبات دفع عن نفسه الخطأ المفترض، وحسب تطبيق القواعد العامة، وجب على المضرور إثبات الخطأ في جانب المالك، أما إذا لم يستطع أن ينفي الشق الأول بقي هذا الشق مفترضا في جانبه وكذلك بقي الشق الثاني مفترضا هو كذلك، لأن افتراضه لا يقبل إثبات العكس، وبالتالي يعتبر خطأ الإهمال أو التقصير في الصيانة أو التجديد منسوبا إلى خطئه<sup>(1)</sup>.  
ومسؤولية حارس البناء المفترضة مقررة لمصلحة المضرور فقط، فلا يجوز لأحد غيره أن يتمسك به ولو كان ممن رجع عليهم الحارس بما دفعه من تعويض كبائع البناء الذي يرجع عليه مشترته وهو حارسه من أجل العيب الخفي الذي تبين وجوده به والمقاول والمهندس المعماري عند رجوع المالك عليهما، أو على أحدهما بسبب عيب في تشييد البناء، وكالمستأجر عندما يرجع عليه المالك لإهماله فيما يجب من صيانة للبناء المؤجر له<sup>(2)</sup>.

### البند 2 : في القانون الجزائري

لقد نص المشرع الجزائري في المادة 140 / 2 ق.م.ج. على أن "مالك البناء مسؤول عما يحدثه ا دام البناء من ضرر، ولو كان ا داما جزئيا، ما لم يثبت أن الحادث لا يرجع سببه إلى إهمال في الصيانة أو قدم في البناء أو عيب فيه."  
وذا يكون المشرع قد أخذ من القانون الفرنسي والقانون المصري معا، فقد جعل من المالك هو المسؤول كما فعل المشرع الفرنسي لا الحارس، وجعل المسؤولية قرينة تقبل إثبات العكس كما في القانون المصري، بحيث يستطيع المالك أن يدرك عن نفسه المسؤولية، إذا أقام الدليل على أنه ثمة إهمال في الصيانة أو عيب في البناء<sup>(3)</sup>.  
لقد أقام المشرع الجزائري مسؤولية مالك البناء على خطأ مفترض في جانب المالك، هو الإهمال في صيانة البناء أو عدم تجديده أو لوجود عيب فيه<sup>(4)</sup>، ولا يستطيع المالك أن ينفي وجود العيب، إذ متى أثبت المضرور أن الضرر الذي لحقه كان نتيجة دم البناء قامت مسؤولية المالك الذي لا يستطيع أن ينفي خطأه المفترض، وإن كان مالك البناء يستطيع أن ينفي عن نفسه قرينة الخطأ بإثبات أن دم البناء لا يرجع إلى إهمال في الصيانة أو إلى قدم البناء أو إلى عيب فيه، فإن عجز عن إثبات ذلك قامت مسؤوليته ولا ينجم منها إلا إثبات السبب الأجنبي، أي نفي العلاقة السببية بين خطئه المفترض والضرر الذي وقع.

(1) - د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص1076، كذلك : د. يوسف نجم جبران، المرجع السابق، ص235.

(2) - د. عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص341.

(3) - د. محمد حسنين، المرجع السابق، ص203.

(4) - د. بلحاج العربي، المرجع السابق، ص427.

فإذا استطاع مالك البناء أن يثبت أن دم البناء لا يرجع سببه إلى أحد العيوب الثلاثة الواردة في المادة 2/140 ق.م.ج، بأن يقيم الدليل على وجود السبب الأجنبي الذي لا يد له فيه، كالقوة القاهرة، أو الحادث المفاجئ، أو خطأ المضرور أو خطأ الغير، انتفت مسؤوليته قانوناً<sup>(1)</sup>. ويلاحظ أنه إذا لم تتوافر شروط المسؤولية عن دم البناء طبقاً لنص المادة 2/140 من ق.م.ج، فللمضرور أن يرجع على المالك بالمسؤولية عن فعل الأشياء غير الحية طبقاً لنص المادة 138 من ق.م.ج<sup>(2)</sup>.

### الفرع الثالث : الأساس القانوني للفقرة الثالثة الخاصة بالإجراءات الوقائية للبناء :

من المعروف أن فكرة المسؤولية التقصيرية لا تقوم إلا إذا أصيب شخص ما بضرر مادي أو معنوي، فإذا لم يكن هناك ضرر فلا يكون هناك مجال للحديث عن المسؤولية أو البحث عن شخص المسؤول، لأن المسؤولية المدنية هي التزام يقع على عاتق شخص ما بتعويض ضرر حصل لشخص آخر، فإذا لم يقع ضرر ما فلا محل للكلام عن الالتزام بالتعويض<sup>(3)</sup>.

ولاشك أن الغرض أو الهدف من قيام المسؤولية المدنية هو إزالة الضرر أو على الأقل جبر الضرر الذي أصاب المضرور، ولو عن طريق التعويض الذي يحصل عليه المضرور . وربما تزداد أهمية الضرر كركن في المسؤولية المدنية لدى أنصار نظرية المسؤولية الموضوعية أو المسؤولية بقوة القانون لأنهم يجعلون منه الأساس الوحيد للقيام بالمسؤولية، فلا يكفي قيام الخطأ وحده لقيام المسؤولية ما دام لم ينجم عنه ضرر للغير، وإنما يجب أن يحصل عن ذلك ضرر يصيب الغير، إذ لا مسؤولية، ولا محل للتعويض إذا انتفى الضرر<sup>(4)</sup>.

ومع ذلك يبدو أن المشرع الجزائري خرج عن هذه القاعدة الفقهية والتشريعية في المادة 140 ق.م.ج، حيث دمج أحكام الإجراءات الوقائية ضمن أحكام المسؤولية التقصيرية، و مع ذلك قد تعرض للانتقاد .

يبدو أن هذا الدمج للنصوص القانونية غير المتجانس وخاصة محتوى المادة 140 ق.م.ج بجميع فقراتها أملتتها ضرورة الاجتماعية، لذلك يرى البعض أن هذا النص سُنَّ على أساس المصلحة الاجتماعية<sup>(5)</sup>.

ولكن هل حقاً أن المصلحة الاجتماعية تصلح كأساس للفقرة 3/140 ق.م.ج ؟

(1) - د. بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 427-428.

(2) - علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 183.

(3) - د. لبيب شنب، المرجع السابق، ص 6.

(4) - د. لبيب شنب، المرجع السابق، ص 19، كذلك : د. جلال حمزة، المرجع السابق، ص 96.

(5) - د. سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 519.

نعتقد أن جميع النصوص القانونية على اختلاف أنواعها مبنية على أساس المصلحة الاجتماعية، ثم ما هي هذه المصلحة؟ هل هي مصلحة المضرور؟ أم مصلحة صاحب أو مالك البناء؟ أم مصلحة المجتمع ككل؟ إن القول بأن الفقرة الثالثة من نص المادة 140 ق.م.ج مبنية على أساس المصلحة الاجتماعية، يمكن تبريره أو قبوله لو كان الأمر يتعلق بقواعد القانون العام، في بعض الأحوال، وربما تزايد مثل هذه الإجراءات لتوقي الأضرار قبل وقوعها<sup>(1)</sup>.

وفي هذه الأحوال يجب التمييز بين نوعين من النصوص أحدهما: وقائي يستهدف منع وقوع الأضرار أو الحوادث أصلاً، وذلك عن طريق وضع تدابير وإجراءات وقائية وضوابط معينة تكفل سلامة الغير ونصوص أخرى إصلاحية أو علاجية تستهدف التزام كل من أحدث الضرر بالغير لإصلاح هذا الضرر عن طريق التعويض للمضرور. ولاشك أن هذا الاختلاف بين النصوص الوقائية والعلاجية يقودنا إلى اختلاف طبيعة كل مسؤولية ناجمة عن كل منهما. وهذه المسؤولية التي تقودنا بدورها إلى الاختلاف في الأنظمة التي تحكمها، فلا يقتصر إذن الاختلاف على الشكل فحسب بل ينصرف إلى المضمون كذلك الأمر الذي جعلني أتساءل كثيراً عن موقف المشرع الجزائري من هذا النص؟<sup>(2)</sup>

وإذا أردنا تبرير موقف المشرع هذا لا نجد أحسن من فكرة الضرورة الاجتماعية والهدف المنشود منها. فهذه الفكرة لا تتطلب من مالك البناء التعويض بل هي مجرد احتياطات يتخذها قبل حصول الضرر سواء كان هذا التحديد يتعلق بجزء من البناء أو يتعلق بالبناء كله<sup>(3)</sup>. لذلك أجازت هذه الفقرة مطالبة المالك باتخاذ الإجراءات ولكن السؤال المطروح، من له حق المطالبة هذه الإجراءات؟

وبديهي أن هذا الحق يتقرر لكل من يكون مهدداً من التهديد، فهو مقرر للجميع الذين يمكن أن يحصل لهم الضرر بسبب التهدم، عدا المستأجر للبناء الذي تربطه بالمؤجر نصوص خاصة ناجمة عن عقد الإيجار<sup>(4)</sup>.

ومهما يكن الجدل الذي يمكن أن يُثار بشأن الأساس القانوني لهذه الإجراءات طبقاً لنص المادة 3/140 ق.م.ج والتي تنص على التدابير الوقائية فإننا نرى مصلحة مالك البناء ذاته رغم أنها تنطوي على ضرر مستقبلي.

(1) - مثل حالة الدفاع الشرعي، حالة الضرورة، في نطاق القانون الجنائي.

(2) - بوسنة شامخي، المرجع السابق، ص 119.

(3) - د. محمد حسنين، المرجع السابق، ص 205.

(4) - المادة 479-480-481-482 من ق.م.ج.

المطلب الرابع : استبعاد المسؤولية عن تهدم البناء من النطاق العقدي، ومستقبل نص المادة

**2/140 ق.م.ج.**

لقد اجمع الفقه على عدم جواز الجمع بين المسؤولية العقدية و المسؤولية التقصيرية ، فإذا كان هناك عقد مبرم ، فلا مجال للحديث عن المسؤولية التقصيرية ، ولكن الفرض هنا يتعلق بمسؤولية تقصيرية طبقا لنص المادة 2/140 ق.م.ج، والمقابلة لنص المادة 177 ق.م.ج ، في حق مالك البناء أو حارسه (في القانون المصري) ، غير أن السؤال الذي يتبادر إلى الذهن حول مستقبل المادة 2 /140 -3 ق.م.ج، فهل أصبح لها دور وظيفي أم فقدت الوظيفة التي وجدت من أجلها؟

الفرع الاول : استبعاد المسؤولية عن تهدم البناء من النطاق العقدي :

البند 1: عدم جواز الجمع بين المسؤولية العقدية و المسؤولية التقصيرية

استقر القضاء الفرنسي والمصري على عدم جواز الجمع بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية، فإذا كان هناك عقد، وأصيب أحد أطرافه ضرر بسبب عدم تنفيذ هذا العقد، فإن التعويض عن هذا الضرر لا يكون إلا استنادا إلى قواعد المسؤولية العقدية أما المسؤولية التقصيرية، فتقوم حيث يرتكب شخص خطأ يصيب الغير بضرر دون أن يكون هناك عقد بينهما، فالمسؤول هنا يكون قد أحل بالتزام قانوني وليس بالتزام عقدي<sup>(1)</sup> فلا يجوز للمضرور أن يطالب بتعويضين، تعويض طبقا للمسؤولية العقدية، وآخر طبقا للمسؤولية التقصيرية، فالضرر الواحد لا يجوز تعويضه مرتين<sup>(2)</sup>. إذ لا يجوز للمضرور أن يشري على حساب المسؤول بأن يتقاضى أكثر ما يلزم لجبر الضرر<sup>(3)</sup>.

ولا يجوز له أن يجمع بين المسؤوليتين بمعنى أنه إذا رفع دعوى على أساس إحداها وخسرها، كان له أن يرفع دعوى ثانية على أساس الأخرى، وذلك لأنه طبقا لقاعدة حجية الأمر المقضي به، تكون الدعويان متحدتين في الخصوم والمحل والسبب، ومن ثم لا تكون الدعوى الثانية مقبولة<sup>(4)</sup>.

وقد قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر في 1983/04/27 بأن طلب التعويض عن دعاوى سابقة فصل فيها بأحكام حازت قوة الشيء المقضي به لا تقبل، إذ من غير المقبول قانونا أن يحصل المضرور على تعويضين من ضرر واحد<sup>(5)</sup>.

(1) - د. حسين منصور، المرجع السابق، ص246.

(2) - د. عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الإلتزام، دراسة في القانون المصري و اللبناني ، سنة 1979 ، ص477.

(3) - د. سليمان مرقس، المرجع السابق، ص58.

(4) - د. عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص478.

(5) - د. بلحاج العربي، المرجع السابق، ص34.

## البند 2 : تطبيق المبادئ العامة في نطاق مسؤولية مالك البناء

لاستبعاد المسؤولية التقصيرية يجب أن يكون هناك عقد بين المضرور والمدعى عليه وأن يرجع هذا الضرر إلى الإخلال بأحكام هذا العقد، فهناك تؤسس دعوى التعويض على قواعد المسؤولية العقدية<sup>(1)</sup>.

إن حكم المادة 2/140 من ق.م.ج والمادة 177 ق.م.مصري الخاص بافتراض الخطأ في جانب مالك البناء أو حارسه، لا يعمل به إلا في مجال المسؤولية التقصيرية وفي هذه الحالة لا تطبق هذه المسؤولية كلما وجد عقد بين طرفين، وكان العقد يلزم أحدهما بضمان السلامة للآخر مما قد يصيبه بسبب البناء الذي هو في حراسته، إذ تكون المسؤولية عندئذ مسؤولية عقدية وهذه تستبعد المسؤولية التقصيرية<sup>(2)</sup>.

كما هو الشأن في علاقة المؤجر بالمستأجر فقد اقتضى المشرع المصري والجزائري أثر المشرع الفرنسي، فقد نصت المادة 1/479 من ق.م.ج، والمادة 1/567 ق.م.مصري على أن: "على المؤجر أن يتعهد بصيانة العين المؤجرة لتبقى على الحالة التي كانت عليها وقت التسليم ويجب عليه أن يقوم بجميع الترميمات الضرورية دون الترميمات الخاصة بالمستأجر".

وعليه إذا تأخر المؤجر بعد إعداره عن القيام هذه الالتزامات المبينة في المادة السابقة، جاز للمستأجر أن يحصل على ترخيص من المحاكم يسمح له بإجراء ذلك بنفسه، وباقتطاع ما أنفقه من ثمن الإيجار مع الحق له في طلب فسخ الإيجار أو إنقاص ثمنه طبقاً للمادة 480 ق.م.ج.

فالمسؤولية كما نرى تقوم على إخلال المؤجر بالتزام عقدي<sup>(3)</sup>، ويكون للمستأجر المضرور الرجوع على المؤجر (المالك) إلا بدعوى المسؤولية التعاقدية لأن الضرر ناجم عن الإخلال بالتزام عقدي في عقد الإيجار هو التزام بالصيانة. أما بالنسبة للعقود التي تتضمن التزاما بالسلامة التي تربط المالك (الحارس طبقاً للقانون المصري) بالمضرور مثل عقد الفندق، فإن المطالبة بالتعويض يكون على أساس المسؤولية العقدية<sup>(4)</sup>. فالنزول في الفندق الذي يصاب بأضرار بسبب دم البناء، لا يجوز له الرجوع على صاحب الفندق إلا استناداً لعقد الإيواء دون المسؤولية التقصيرية<sup>(5)</sup>.

(1) - د. حسين منصور، المرجع السابق، ص 205.

(2) - د. حشمت أبو ستيت، المرجع السابق، ص 503.

(3) - د. محمود جلال حمزة، المرجع السابق، ص 125.

(4) - د. حسين منصور، المرجع السابق، ص 254.

(5) - د. عبدا الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 342.

أما إذا كان المضرور خادما لمالك البناء (حراسه) أو تابعا، فإنه يرجع على المتبوع بمقتضى المادة 2/140 ق.م.ج والمادة 177 ق.م.مصري، ولا يحتج في هذه الحالة بوجود عقد بين التابع والمتبوع وذلك لأن العقد هنا لا ينشئ التزاما على المتبوع بضمان السلامة للتابع<sup>(1)</sup>.

ولا توجد صلة مباشرة بين الالتزام والفعل الضار، إذ ينحصر ما يتضمنه عقد العمل من التزامات جوهرية في أداء العامل لعمله ودفع رب العمل الأجر، فإذا ما أصيب العامل من جراء ادم البناء يكون المالك مسؤولا طبقا لمبادئ المسؤولية التقصيرية<sup>(2)</sup>.

وما يمكن استخلاصه من خلال هذا أنه لا تقوم مسؤولية مالك البناء العقدية إلا إذا كان ثمة عقد بين المسؤول والمضرور، يلزم الأول بتأمين الثاني من الأضرار التي تلحق به من دم البناء. أما إذا لم يكن ثمة عقد بين المالك والمضرور، أو كانت العلاقة العقدية بين المسؤول والمضرور لا تمت إلى البناء ودمه بصلة يكون المالك مسؤولا مسؤولية تقصيرية اتجاه المضرور.

### الفرع الثاني: مستقبل المادة 2/140-3 ق.م.ج

#### البند 1- مستقبل الفقرة الثانية من المادة 140 مدني جزائري<sup>(3)</sup>:

إن نص المادة 2/140 ق.م.ج مستمدة من نص المادة 1386 ق.م.ف، حيث أن هذه المادة ثار بشأنا نقاش فقهي بشأن وجودها ضمن قواعد المسؤولية اليوم، خاصة بعد اكتشاف الفقرة الأولى من المادة 1/1384 ق.م.ف التي امتدت في تطبيقها حتى العقارات مما جعل الكثير من الفقهاء يطالبون بإلغاء هذه المادة من القانون المدني الفرنسي، لأن دورها التاريخي انتهى في الوقت الحالي، لأنها جاءت في عام 1804 في فرنسا حيث كانت الثروة تنحصر في العقارات في عصر السادة والتقاليد الفرنسية المستمدة من النظام الرأسمالي، لذلك فإن هذا الرصيد التاريخي لهذه المادة تزعزع واهتز إثر الانتقادات التي وجهت إليها في العصر الحديث، ولعل هذه الانتقادات هي التي جعلت المشرع الجزائري يعدل من مضمون الفقرة الثانية 2/140 ق.م.ج، عما جاء في المادة 1386 مدني فرنسي، إذ نقل المشرع الجزائري عبئ الإثبات من على عاتق المضرور وجعله على عاتق مالك البناء بغية التخفيف عن المضرور من دم البناء، غير أن المشرع الجزائري في اعتقادنا لم يستفيد كثيرا من الاجتهادات الفقهية والقضائية في فرنسا، إذ كان بإمكانه أن يستغني عن هذه الفقرة ويخضع هذه المسؤولية مباشرة إلى مضمون المادة 138 ق.م.ج التي تحكم المسؤولية عن الأشياء غير الحية بصفة عامة، وذلك لعدة أسباب نذكر منها :

(1) - د. حشمت أبوستيت، المرجع السابق، ص503.

(2) - د. حسين منصور، المرجع السابق، ص252.

(3) - أنظر أكثر في هذا الأستاذ بوسته شامخي، المرجع السابق، ص134-135.

- أ- أن المادة 138 ق.م.ج جاءت بصفة عامة تحكم جميع الأشياء غير الحية، بما فيها العقارات التي تعتبر من الأشياء، ولا داعي لإخراجها من هذا المفهوم، فيحكمها أو يشملها حكم الأشياء بالضرورة.
- ب- أن القرينة التي استحدثها المشرع لصالح المضرور طبقا لنص المادة 2/140 وخالف بذلك مفهوم المادة 1386 مدني فرنسي فجعل من هذه القرينة الحكم أصلح للمضرور من دم البناء أقرب كثيرا من حكم المادة 138 مدني جزائري، هذه المادة الأخيرة التي تعتبر أفضل للمضرور بدون شك، لذلك كان على المشرع الجزائري إذا كان يحرص على مصلحة المضرور أن يخضع هذه المسؤولية لحكم المادة 138 م.ج.

### البند 2: مستقبل الفقرة الثالثة من المادة 140 مدني جزائري<sup>(1)</sup>:

أما بالنسبة لهذه الفقرة فإن مضمونها يتناول الإجراءات والتدابير الوقائية، قبل سقوط البناء، ولاشك أن هذه الفقرة تبدو غريبة عن موضوع المسؤولية لأنها مبنية على فكرة الضرر الاحتمالي، ولعل إغفال المشرع الفرنسي النص على هذا الحكم ضمن أحكام المسؤولية المدنية، يدعم هذا الرأي رغم أن هذا القانون الفرنسي يعتبر المصدر التاريخي المباشر ليس فقط للمشرع الجزائري، بل لمختلف التشريعات العربية والعالمية.

لذلك نعتقد أنه يمكن الاستغناء عن النص على هذه الإجراءات والتدابير الوقائية ضمن أحكام المسؤولية المدنية التي هي إجراء علاجي قبل أن يكون وقائي، ويمكن الأخذ بهذه التدابير وفقا لإجراءات إدارية تستجيب للسرعة المطلوبة في مثل هذه الحالات<sup>(2)</sup>.

وموقف المشرع الفرنسي من هذه الإجراءات يبدو أكثر توفيقا من موقف المشرع الجزائري، وقد سبق لنا الإشارة إلى العديد من الآراء التي نادى بإخراج هذا الحكم من بين نصوص المسؤولية المدنية.

والحقيقة أن الباحث المدقق في نصوص القانون المدني الجزائري يجد الحاجة ملحة ليس فقط لإصلاح النصوص الخاصة بالمسؤولية المدنية بل لإصلاح شامل وتعديل يشمل أغلب نصوص وأحكام القانون المدني الجزائري بصفة عامة، لذلك نحن نطالب هذا التعديل الذي يتناول إلغاء المادة 140 ق.م.ج في انتظار إصلاح يشمل مختلف القانون المدني لأننا نرى أن مضمون المادة 140 ق.م.ج، تزيد لا مبرر له<sup>(3)</sup>. لذلك حبذا لو قدر المشرع الجزائري ونحن نتظر صدور تعديلات عميقة جديدة على القانون المدني الجزائري في المسؤولية المدنية والمسؤولية عن فعل الأشياء غير الحية بصفة خاصة حق تقديرها والتخلص من قيود القانون المدني الفرنسي المهرم من هذه القيود المخرجة وغير الملائمة للعصر الحديث الذي يصبوا إليه اتمع الجزائري الحديث و المؤهل على الأقل هو إعفاؤنا من التخبط بين مصلحة

(1) - أنظر أكثر في هذا الأستاذ بوسته شايخي، المرجع السابق، ص135.

(2) - بوسته شايخي، المرجع السابق، ص135.

(3) - بوسته شايخي، المرجع السابق، ص135.

الفرد ومصلحة ا تمتع، والتوفيق بين المصلحتين كما نعتقد أنه يشكل حجر الأساس في القانون الحديث لأنه من غير الواجب أن حمل آثار ازدياد المخاطر في العصر الحديث وعجز الفرد في كثير من الأوقات عن تحمل عبء التعويض وحده، ومن العدالة أن نربط مسؤولية الفرد بمسؤولية ا تمتع، كما تفرضه اليوم الحياة الاجتماعية<sup>(1)</sup>.

### المطلب الخامس: دفع المسؤولية الناشئة عن تهدم البناء و رجوع المسؤول الملمزم بالتعويض على الغير:

إن المسؤولية الناشئة عن دم البناء لا تقوم في القانون الفرنسي إلا بنفي العلاقة السببية بين الخطأ المفترض في جانب المالك و الضرر الواقع ، وذلك بإثبات السبب الاجنبي فقط. أما في القانون الجزائري و المصري فإنه يوجد سبيلين لدفع هذه المسؤولية ، إما عن طريق نفي الخطأ ، أي أن المالك قد قام بجميع عمليات الصيانة و الترميم ، أو عن طريق نفي السببية (أي السبب الاجنبي) غير أنه إذا قامت المسؤولية التقصيرية في حق المالك أو الحارس ، فإنه يكون ملزم بتعويض الغير. إلا أنه قد يحدث أن يكون المالك ليس هو الفاعل الحقيقي ، فقد يكون شخص آخر قد ارتكب هذا الخطأ الذي سبب ضرراً للغير، لهذا فإن القانون قد أعطى للمالك أو الحارس (في القانون المصري) ، حق الرجوع على الغير بما دفعه من تعويض.

(1) - بوسنة شامخي ، المرجع السابق ، ص 136.

الفرع الاول: دفع المسؤولية الناشئة عن تهدم البناء

لقد بينا أنه متى أثبت المضرور أن الضرر قد أصابه من دم البناء، قامت مسؤولية مالك البناء في القانون الجزائري والحارس في القانون المصري. ولا يكون أمام المالك في القانون الفرنسي إلا أن ينفي علاقة السببية بين خطئه المفترض والضرر الحادث بإثبات السبب الأجنبي فقط. أما في القانون الجزائري والقانون المصري يكون للمالك أو الحارس أن يدفع مسؤوليته بأحد الطرفين إما بنفي الخطأ أو بنفي السببية.

**1. نفي الخطأ :**

لكي تترتب مسؤولية مالك البناء أو حارسه، يجب على المضرور أن يثبت أن الضرر قد أصابه من دم البناء، فإن أثبت ذلك أقامت قرينة قانونية على خطأ المالك أو الحارس في صيانة البناء أو في إصلاحه، أو في تجديده. غير أن القرينة هنا بسيطة تقبل إثبات العكس<sup>(1)</sup>. ويتعين أن يكون هذا الإثبات العكسي على نحو خاص يحدده نص الفقرة الثانية من المادة 140 ق.م.ج، والمادة 177 ق.م.مصري، إذ تنص أن المالك في القانون المدني الجزائري، يقابله الحارس في القانون المدني المصري، أنه مسؤول "ما لم يثبت أن الحادث لا يرجع سببه إلى إهمال في الصيانة أو بقدوم في البناء أو عيب فيه".

فيستطيع مالك البناء أو حارسه أن يدفع المسؤولية عن نفسه بنفي الخطأ من جانبه وهذا الخطأ على وجه التحديد إما إهمال في الصيانة، أو قدم في البناء، أو عيب فيه. ومن ثم يجب على المالك أو الحارس كي ينفي الخطأ عن نفسه، أن يثبت أنه قام بواجبه في صيانة البناء وتجديده وإصلاح ما فيه عيب<sup>(2)</sup>، أو يثبت أن البناء لم يكن في حاجة إلى صيانتها، أو إصلاح أو تجديده، أو أنه عهد بإشادة البناء إلى مهندس موثوق، تتوفر فيه كل الضمانات، وأنه كان يستحيل عليه كشف العيب في البناء<sup>(3)</sup>.

فإذا عجز المالك أو الحارس عن إثبات ذلك، ظلت القرينة قائمة ويعتبر الإهمال في الصيانة أو التجديد، أو الإصلاح - (السبب في دم البناء) - منسوبا إلى خطئه وهو لا يستطيع نفي ذلك الخطأ<sup>(4)</sup>، فهذا أمر لا يقبل إثبات العكس، فالحارس لا يستطيع إثبات براءته شخصيا من كل خطأ أي بأنه لم يقع منه شخصيا أي إهمال في صيانة البناء أو أنه

(1) - د. حسين منصور، المرجع السابق، ص 205.

(2) - د. عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص 619.

(3) - د. محمد وحيد الدين سوار، المرجع السابق، ص 166.

(4) - د. حسين منصور، المرجع السابق، ص 260.

لم يكن يعلم أو في استطاعته أن يعلم بقدوم البناء الذي تسبب في إدامه أو بأنه لايد له في وجود العيب الذي أدى إلى إيار البناء<sup>(1)</sup>.

ويكفي دم البناء وحدوث الضرر كي تقوم مسؤولية المالك أو الحارس، حتى إذا كان الإهمال في صيانة البناء أو قدمه أو العيب فيه راجع إلى الحارس السابق عليه، كما للمالك السابق، أو المقاول أو المهندس، فهنا تقوم مسؤولية الحارس أو المالك الحالي للبناء، ولكنه يستطيع بعد ذلك الرجوع على المسؤول الأصلي<sup>(2)</sup>.

## 2. نفي العلاقة السببية :

يستطيع المالك أو الحارس كذلك أن ينفي مسؤوليته طبقاً للقواعد العامة من خلال قطع السببية بين دم البناء وحدوث الضرر أي بإثبات السبب الأجنبي، والسبب الأجنبي هو القوة القاهرة أو الحادث المفجائي أو خطأ المصاب أو خطأ الغير فتنص المادة 127 ق.م.ج "إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا بد له فيه لحادث مفاجئ أو قوة القاهرة، أو خطأ صدر من المضرور أو خطأ من الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر، ما لم يوجد نص قانوني أو اتفاق يخالف ذلك".

### أولاً : القوة القاهرة أو الحادث المفجائي

هما تعبيران مترادفان (يدلان على معنى واحد) وهو أن يكون الحادث غير متوقع الحصول وغير ممكن تلافيه، ولا حتى درء نتائجه، ولذلك فإن جمهور الفقه والقضاء لا يفرقان بينهما من حيث شروطهما أو آثارهما<sup>(3)</sup>. ولقد عرفت المحاكم القوة القاهرة أو الحادث المفجائي، بأنه الأمر الذي لم يكن ممكناً توقعه، ومن شأنه أن يجعل الوفاء بالتعهد مستحيلًا، أو بأنه حادث مستقل عن إرادة المدين ولم يكن في وسعه توقعه أو مقاومته<sup>(4)</sup>. فالقوة القاهرة حادث غير متوقع، لايد للشخص فيه، ويجعل تنفيذ الالتزام مستحيلًا بشرط أن يكون الحادث هو السبب الوحيد للضرر، غير أن عدم نسبة الحادث إلى المدعى عليه لا يكفي لاعتباره قوة القاهرة أو حادث مفاجئ بل يجب أن تتوافر فيه ثلاثة شروط هي :

1. أن يكون الحادث من المستحيل توقعه، ويقاس عدم إمكان التوقع هذا بمعيار الرجل المعتاد أي

بالمعيار الموضوعي<sup>(5)</sup>.

2. أن يكون الحادث من المستحيل دفعه.

3. أن تكون الاستحالة مطلقة وليست نسبية، ويستوي أن تكون هذه الاستحالة مادية أو معنوية،

فإن كانت الاستحالة نسبية أي قاصرة على المدين دون غيره، فلا يعتبر الحادث قوة القاهرة، ولا يعفى المدين من

(1) - د. حسين منصور، المرجع السابق، ص260.

(2) - د. حسين منصور، المرجع السابق، ص260.

(3) - د. بلحاج العربي، المرجع السابق، ص200.

(4) - د. سليمان مرقس، المرجع السابق، ص490.

(5) - د. بلحاج العربي، المرجع السابق، ص200.

المسؤولية ، ويضيف بعض الفقهاء إلى هذه الشروط شرطاً رابعاً ألا يكون هناك خطأ من جانب المدين أدى إلى وقوع الحادث<sup>(1)</sup>.

### أثر القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ :

إذا كانت القوة القاهرة هي السبب الوحيد في وقوع الضرر، فإن العلاقة السببية لا تقوم، وبالتالي لا تتحقق المسؤولية، فالقوة القاهرة نذا المفهوم تنفي علاقة السببية بين فعل المدعى عليه والضرر<sup>(2)</sup>.  
أما إذا اشتركت القوة القاهرة مع خطأ المدعى عليه في أحداث الضرر، فإن هذا الأخير يسأل مسؤولية كاملة، فيلتزم بالتعويض الكامل، لأن القوة القاهرة لا يمكن نسبتها إلى شخص آخر حتى يشترك مع المدعى عليه في تحمل المسؤولية<sup>(3)</sup>.

ومن أمثلة القوة القاهرة الفيضانات، الزلازل، البراكين، حرب أو صدور تشريع أو قرار إداري، وتقدير ما إذا كانت الواقعة المدعى لا تعتبر قوة القاهرة هو تقدير موضوعي تملكه محكمة الموضوع، ما دامت قد أقامت قضاءها على أسباب سائغة، وتقدير القاضي للحادث، يكون على ضوء ظروف الزمان والمكان التي وقع فيها من جهة أخرى، وعلى ضوء مدى إمكان توقعه من خلال الدراسات والتقدم المعماري الحديث من جهة أخرى<sup>(4)</sup>.

(1) - د. بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 203.

(2) - د. عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص 542.

(3) - د. بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 204-205.

(4) - د. حسين منصور، المرجع السابق، ص 160-161.

ثانياً : خطأ (فعل) المضرور

لا يثور البحث في فعل المضرور وأثره على مسؤولية المدعى عليه في الحالة التي يقع فيها الضرر، بفعل المضرور وحده، ودون وقوع خطأ من جانب المدعى عليه، إذ في هذه الحالة لا يكون هناك أي شخص مسؤول، أي أنه لا تتحقق أية مسؤولية، ذلك أن المضرور هو الذي ألحق الضرر بنفسه إنما يثور البحث في فعل المضرور وأثره على مسؤولية المدعى عليه، عندما يقع من المدعى عليه خطأ يشترك مع فعل المضرور في إحداث الضرر<sup>(4)</sup>. ولتحديد أثر فعل المضرور في مسؤولية المدعى عليه يجب التفرقة بين فرضين :

(1) أن يكون أحد الفعلين قد استغرق الفعل الآخر.

(2) أن يظل كل فعل مستقلاً عن فعل آخر.

(1) أن يكون أحد الفعلين قد استغرق الفعل الآخر :

فإذا استغرق أحد الفعلين الفعل الآخر، لم يكن للفعل المستغرق أثر، فإذا كان فعل المدعى عليه هو الذي استغرق فعل المضرور، كانت مسؤولية المدعى عليه كاملة لا يخفف منها فعل المضرور، والعكس صحيح، فإذا كان فعل المضرور هو الذي استغرق فعل المدعى عليه كان المضرور هو وحده المسؤول، ومن ثم ترتفع المسؤولية عن المدعى عليه ويستغرق أحد الفعلين في نتيجة للفعل الآخر<sup>(2)</sup>.

(2) استقلال كل من الفعلين عن الآخر :

إذا لم يستغرق أحد الفعلين الآخر، بل بقيا متميزين، وكان كل منهما قد اشترك في إحداث الضرر، فإننا نعتد بالفعلين في تحديد المسؤولية إذ يكون كل من الفعلين سببا في حدوث الضرر، ولما كان من الفعلين يعتبر سببا في وقوع الضرر فإن الأصل أن توزع المسؤولية بين المدعى عليه والمضرور بالتساوي، فيكون كل منهما مسؤولاً عن نصف الضرر، فلا يستطيع المضرور أن يرجع على المدعى عليه إلا بالتعويض الواجب عن نصف الضرر<sup>(3)</sup>.

(1) - د. حسين منصور، المرجع السابق، ص146.

(2) - شريف حسين، المرجع السابق، ص146.

(3) - شريف حسين، المرجع السابق، ص146.

وإذا كان المدعى عليه شخصين لا شخصا واحدا، فإن المضرور يتحمل ثلث الضرر أيضا، أي أن المدعى عليهما يتحملان معا ثلثي الضرر<sup>(1)</sup>، ويكون متضامنين في الالتزام بتعويض المضرور وفقا لأحكام المادة 126 ق.م.ج و169 ق.م.مصري.

ومن التطبيقات القضائية على فعل المضرور، قرار محكمة الاستئناف المختلطة المصرية جاء فيه "أنه إذا طالب المالك المستأجر بإخلاء العين المؤجرة إن تبين له حالتها الخطرة، وتراخي المستأجر في الإخلاء، فإن المالك لا يسأل قبل المستأجر، إذا سقط البناء، وأصيب المستأجر بمكروه"<sup>(2)</sup>.

### ثالثا : فعل الغير

لا تثور صعوبة في البحث في إثر فعل الغير على مسؤولية المدعى عليه، إذا كان فعل الغير هو السبب الوحيد في حدوث الضرر، ففي هذه الحالة يكون الغير هو وحده المسؤول، أما المدعى عليه فلا تتحقق مسؤوليته. أما إذا اشترك فعل الغير مع فعل المدعى عليه في إحداث الضرر، فيجب هنا معرفة تأثير فعل الغير على مسؤولية المدعى عليه، وهذا يقتضي التفرقة بين فرضين :

**الفرض الأول :** استغراق أحد الفعلين الفعل الآخر، أما **الفرض الثاني :** فهو أن يكون كل من الفعلين مستقلا عن الآخر.

فإذا استغرق فعل الغير فعل المدعى عليه، كان الغير هو وحده المسؤول، وتكون مسؤولية كاملة، وهنا تنتفي مسؤولية المدعى عليه، أما إذا استغرق فعل المدعى عليه فعل الغير، فإن المدعى عليه يكون وحده المسؤول. أما إذا استقل كل من الفعلين عن الفعل الآخر، فإن كلا منهما يعتبر سببا في حدوث الضرر، وهنا نكون أمام حالة تعدد المسؤولين، فيكون المدعى عليه والغير مسؤولان وفقا لأحكام المادة 217 ق.م.مصري والمادة 126 ق.م.ج. والمقصود بالغير هو كل شخص ما عدا المضرور والمسؤول (المدعى عليه)، إلا الأشخاص الذين يسأل عنهم المدعى عليه، فلا يعتبرون من الغير، وهؤلاء هم التابعون والقصر وغيرهم ممن يوجب القانون الرقابة عليهم. وحتى يستطيع المدعى عليه أن يدفع مسؤوليته بفعل الغير، فعليه أن يطلب إدخال الغير في الدعوى، ويثبت أثناء نظر الدعوى أن الضرر قد وقع بفعل الغير، أما إذا لم يدخل الغير في الدعوى، فإن المدعى عليه بعد أن يؤدي تعويض للمضرور، أن يرجع لما أداه على الغير إذا كان مسؤولا نحوه.

(1) - تنص المادة 126 ق.م.ج: "إذا تعدد المسؤولون عن فعل ضار، كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر، و تكون المسؤولية فيما بينهم بالتساوي، إلا إذا عين القاضي نصيب كل منهم في الإلتزام بالتعويض".

(2) - شريف حسين، المرجع السابق، ص148.

الفرع الثاني: رجوع المسؤول الملزم بالتعويض على الغير :

تبدو المسؤولية عن دم البناء في بعض تطبيقاتها، وكأما صورة من صور المسؤولية عن فعل الغير، ذلك لأن المالك قد يتحمل نتائج أخطاء الغير في مواجهة المضرور، فمن العدل إذن أن تتاح له فرصة الرجوع على هذا الغير<sup>(1)</sup>.

فالمشرع قد ألقى المسؤولية عن دم البناء على عاتق شخص معين، هذا الشخص هو مالك البناء في القانون الفرنسي، والجزائري، وحارس البناء في القانون المصري، والمتولي على البناء في القانون الأردني، وقد جعل المشرع هذا الشخص هو الملزم بتعويض ما ينجم عن هذا التهدم من ضرر يصيب الغير، ولكن هذا التهدم وما يترتب عليه من ضرر قد يكون ناجماً عن خطأ ارتكبه شخص آخر غير المالك أو الحارس للبناء، لذلك فإن القانون يجعل للمالك البناء أو حارسه حق الرجوع على أي شخص آخر مسؤول نحوه كمهندس البناء والمقاول وهما مسؤولان عما يحدث في خلال عشر سنوات من ضرر بسبب دم البناء، وكالمستأجر وهو مسؤول عن صيانة العين المؤجرة.

ولا تتور مسألة رجوع المالك أو الحارس على الغير في الفرض الذي يطلب فيه مالك البناء أو حارسه (أي المدعى عليه في دعوى المسؤولية عن البناء)، إدخال الغير في الدعوى ويثبت أثناء نظر الدعوى أن الضرر الناجم عن دم البناء إنما هو راجع إلى فعل الغير، ففي هذه الحالة يدفع المدعى عليه المسؤولية عن نفسه بفعل الغير الذي يعتبر سبباً أجنبياً، ويتحمل الغير المسؤولية وحده، وعليه فلا يتصور رجوع المالك أو الحارس على الغير في هذا الفرض.

ولكن تتور مسألة رجوع المالك أو الحارس (المسؤول عن التعويض) على الغير في الفرض الذي لا يتم فيه إدخال الغير في الدعوى أيّاً كان السبب في ذلك، ففي هذه الحالة يصدر حكم المحكمة في حال تحقق مسؤولية المدعى عليه، بإلزام الأخير (أي مالك البناء أو حارسه) بتعويض المضرور، وهنا يكون للمدعى عليه حق الرجوع على الغير بما أداه من تعويض للمضرور.

وسوف نبحث فيما يلي بعض تطبيقات الرجوع على الغير، فنبحث أولاً رجوع المسؤول الملزم بالتعويض على المقاول و المهندس، ثم رجوع المسؤول الملزم بالتعويض على المستأجر.

(1) - شريف أحمد شريف حسين، المرجع السابق، ص 149.

أولاً: رجوع المسؤول الملزم بالتعويض على المقاول و المهندس

إذا دم البناء بسبب عيب في تشييده، وكان مالك البناء هو الذي قام بتشيدته فإن مالك البناء يكون وحده المسؤول عما يترتب على هذا التهدم من ضرر يصيب الغير.  
إلا أنه غالباً ما يعهد صاحب العمل إلى مقاول أو مهندس في إقامة بنائه و كل مايفعله صاحب العمل هو أن يعطي التعليمات العامة، دون التدخل في المسائل الفنية الخاصة بالبناء.

(أ): - المسؤول عن البناء في طور التشييد، هل هو المقاول الذي يقوم بتشيدته أم هو المالك

الذي لم ينتقل البناء إلى حراسته بعد ؟

لا شك أن الفقه والقضاء في فرنسا وجد حرجاً كبيراً عندما تعرض لهذه النقطة، ذلك أن المادة 1386 مدني فرنسي تشير صراحة إلى مالك البناء بصفة قاطعة دون غيره فإذا كان البناء لا يزال في طور التشييد بواسطة مقاول، فلا مناص من إلقاء هذه المسؤولية على المالك للأرض لأنه يملك أجزاء البناء التي تتم أولاً بأول فهو بذلك يكون المسؤول عن الحوادث التي تقع خلال عملية البناء رغم عدم انتهائها ولم يتم تسليمه إلى المالك بعد ولا يستطيع المالك التخلص من هذه المسؤولية بإلقائها على عاتق المقاول الذي يقوم بالتشييد للبناء<sup>(1)</sup>.

بيد أن أغلب الفقه والقضاء في فرنسا لا يرى ذلك، وقالوا أن المالك لا يسأل طبقاً لنص المادة 1386 عن دم البناء إلا بعد إتمام البناء، وقبل ذلك لا تطبق هذه المادة 1386 ق.م.ف، ويكون المقاول مسؤولاً عن الضرر الذي يحدثه للغير بسبب دم البناء وفقاً لقواعد المسؤولية الناشئة عن حراسة الأشياء<sup>(2)</sup>، بل أننا نرى أنه حتى وإن تسلم المالك البناء، فإن المسؤولية المدنية طبقاً لنص المادة 1386 ق.م.ف لا تطبق في كل الحالات، فهي مشروطة بضرورة إرجاع التهدم إلى العيب في البناء أو الإهمال في الصيانة أو القدم في البناء وفي غير هذه الأحوال فإن المسؤولية التي تطبق هي القواعد المسؤولية عن فعل الأشياء طبقاً لنص المادة 138 ق.م.ج<sup>(3)</sup>، والرجوع على المالك في هذه الحالة باعتباره الحارس على هذا البناء بحسب الأصل حتى يثبت انتقال هذه الحراسة إلى الغير بطريقة شرعية أو غير شرعية.

ولهذا فإننا لا نوافق على القول بأن المقاول الذي يقوم بتشيد البناء مسؤول عن دم البناء بعد إتمامه لمدة 10 سنوات طبقاً لنص المادة 1/553، فمن باب أولى أن يكون مسؤولاً عنه قبل إتمام البناء.

(1) - د. جلال حمزة، المرجع السابق، ص233.

(2) - أنظر في هذا المعنى، د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ج1، ص213، كذلك : د. جلال حمزة، المرجع السابق، ص334.

(3) - تنص المادة 138 ق.م.ج : "كل من تولى حراسة شيء وكانت له قدرة الاستعمال والتسيير والرقابة، يعتبر مسؤولاً عن الضرر الذي يحدثه ذلك الشيء".

وإننا وإن يسلم فعلا بأن المقاول هو المسؤول عن دم البناء أثناء التشييد، إلا أننا لا نوافق على هذا التأسيس أو التبرير الذي اعتمد عليه وذلك لسببين :

1. أن الالتزام العشري أو الضمان العشري طبقا لنص المادة 1/554 ق.م.ج لا تسري إلا في مواجهة المالك أو رب العمل في إطار العلاقات العقدية لا في مواجهة الغير الذي تضرر من دم البناء، لأن الغير ملزم بالرجوع للقواعد الخاصة هذه الحالة والمتمثلة في نص المادة 1386 ق.م.ج أو المادة 1/1384 كما يمكن الرجوع للمادة 1382، 1383 طبق للقواعد العامة للمسؤولية المدنية، وهذا التسلسل في تطبيق النصوص ضروري، فبالرجوع لنص المادة 2/140 إذا توافرت شروط انطباقها، وإلا وجب الرجوع للمسؤولية عن فعل الأشياء غير الحية طبقا لنص المادة 138 ق.م.ج، كما يمكن للمضروع إن شاء الرجوع للقواعد العامة للمسؤولية المدنية بصفة عامة طبقا لنص المادة 124 ق.م.ج.

2. أن المسؤولية المدنية لمقاول البناء أثناء التشييد تكون مسؤولية ثنائية مركبة فهي مسؤولية عقدية اتجاه رب العمل أو المالك، ومسؤولية تقصيرية اتجاه الغير عموما، تحكمها قواعد المسؤولية المدنية عن الأشياء بصفة عامة طبقا لنص المادة 138 ق.م.ج، باعتباره الحارس المسؤول عن الشيء الذي يكون تحت حراسته ولا تنتهي هذه المسؤولية إلا بانتهاء الأشغال وتسليم البناء إلى المالك، فتنتقل بذلك حراسة البناء إلى المالك، ويكون هذا الأخير هو المسؤول طبقا لنص المادة 1386 المقابلة للمادة 140 ق.م.ج، ومع ذلك تبقى المسؤولية العقدية قائمة بين المقاول والمالك طبقا لنص المادة

1/554 ق.م.ج التي تقضي بالضمان لمدة 10 سنوات، وهذا لا يعني أن المسؤولية عن دم البناء مرتبطة بالحراسة وجودا وعدما، بل أن مالك البناء هو المسؤول عن دم البناء حتى ولو عهد بالبناء إلى شخص آخر أو شركة من شركات الصيانة للبناءات، ثم حصل دم فأصاب الغير بضرر، فإن المالك هو المطالب وهو المسؤول لا شركة الصيانة<sup>(1)</sup>.

وللمالك حق الرجوع على الشركة المكلفة بالصيانة، ومع ذلك قد تكون بعض الحالات لا يكون المالك فيها هو المسؤول عن دم بنائه كأن يُمنع بقرار إداري صادر من البلدية تمنعه من الإصلاح أو الترميم أو من أية هيئة مختصة في ذلك، أو كأن يُدرج البناء ضمن الآثار التاريخية التي ترجع إلى إدارة الآثار أمر إصلاحها أو ترميمها<sup>(2)</sup>.

(1) - عياشي شعبان، الضمان العشري لمهندسي ومقاولي البناء في القانون المدني الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة قسنطينة، سنة 1989، ص154.

(2) - د. لبيب شنب، المرجع السابق، ص107.

ب- رجوع الملزم بالتعويض (المالك أو الحارس (في القانون المصري) على المقاول أو

المهندس المعماري بعد التسليم:

الفرض الذي تثار فيه مسألة رجوع المسؤول عن التعويض (المالك أو الحارس) على المقاول والمهندس، يكون عندما ينجز المقاول العمل ويتسلمه رب العمل، ثم يحدث بعد فترة من تسلم رب العمل للبناء، أن دم البناء إما كلياً أو جزئياً فيلحق بأضراراً بالغير، كأن يسقط الجزء المتهدم من البناء على أحد المارة فيصيبه بأذى، أو يسقط على سيارة أحد الجيران فيتلفها، فإذا تحقق هذا الفرض، وتضرر الغير من جراء دم البناء بعد أن تسلمه المالك (رب العمل) من المقاول أو المهندس، كان للمضروب هنا أن يسلك أحد الطريقتين :

الأول : أن يرجع المضروب في المطالبة بالتعويض على المقاول أو المهندس، وفقاً للقواعد العامة في المسؤولية التقصيرية وهذا يتطلب منه أن يثبت الخطأ في جانب المسؤول.

الثاني : أن يرجع على رب العمل (المالك) بمقتضى أحكام المسؤولية الناشئة عن دم البناء وهي مسؤولية مبنية على خطأ أو تعدد مفترض.

وإذا فاضلنا بين الطريقتين اللذين سيلجأ المضروب إلى أحدهما، فسنجد أنه سيفضل دائماً سلوك الطريق الثاني لسببين : أما السبب الأول فهو أن المضروب لا يريد أن يتحمل مشقة البحث عن المهندس والمقاول اللذين أقاما البناء، في الوقت الذي يكون فيه رب العمل ظاهراً أو معروفاً لدى المضروب، أما السبب الثاني فهو أن سلوك الطريق الثاني أي رجوع المضروب على رب العمل (مالك البناء) سوف يوفر عليه مشقة إثبات الخطأ في جانب المدعى عليه، ذلك لأن المسؤولية عن دم البناء تقوم على الخطأ المفترض، في حين يتطلب منه سلوك الطريق الأول، أن يثبت خطأ في جانب المقاول أو المهندس وهذا أمر قد يرهقه، وقد يكلفه الكثير من المال والوقت والجهد، وقد يصل في النهاية إلى إثبات خطأ المسؤول.

فإذا رجع المضروب بالتعويض على رب العمل، فهو يتحمل (رب العمل) عبء التعويض بصورة مائية، ثم يكون له حق الرجوع على المقاول والمهندس اللذين قاما بتشديد البناء باعتبارهما مسؤولين بموجب عقد المقاولة عما يحدث من دم كلياً أو جزئياً في البناء بسبب عيب في تشييد البناء، وإذا كان حق الرجوع فهل يرجع وفقاً للقواعد العامة في المسؤولية العقدية أم وفقاً لقواعد خاصة ؟ .

لا شك في أن رب العمل يستطيع الرجوع على المقاول والمهندس وفقاً للقواعد العامة في المسؤولية العقدية، ولكن بالإضافة إلى ذلك، فقد نصت التشريعات الحديثة على قواعد خاصة بمسؤولية المقاول والمهندس قبل رب العمل.

فقد نصت المادة 554 ق.م. جزائري يقابلها نص المادة 2270 مديني فرنسي، و561 ق.م. مصري : "يضمن المهندس المعماري والمقاول متضامنين ما يحدث خلال عشر سنوات من دم كلياً أو جزئياً فيما شيداه من مباني أو أقاماه من منشآت ثابتة أخرى ولو كان التهدم ناشئاً عن عيب في الأرض... " (4).

(1) - ولتفصيل أكثر : حول الضمان الخاص (الضمان العشري)، أنظر الباب الثاني من هذا البحث.

ثانياً. رجوع المسؤؤل الملمزم بالتعويض على المسؤأجر :

من الالمزمالم الملقاة على المسؤأجر في عقد الإيجار المالمزة على العين المؤجرة فبوجود هذا الالمزم على عاتق المسؤأجر، يجعل المالمك (المؤجر) أو المالمس، حق الرجوع بما أءاه من تعويض على المسؤأجر، إذا أخل هذا الأخير بالتزمه بالمالمزة على العين المؤجرة، وأءى هذا الإلملال إلى دم البناء، وتضرر الغير من جراء هذا التهمدم. فقد نصت المالمة 495 : "يجب أي على المسؤأجر أن يعءني بالعين المؤجرة وأن يالمظ عليها مثلما يبءله الرجل العاءي. وهو مسؤؤل عما يلحق العين أثناء انءفاعه ا من فساد أو هلاك غير ناشئ عن استعمالها استعمالاً عادياً"، ويقابلها نص المالمة 1/696 ق.م.أرءني أو المالمة 1/583 ق.م.مصري.

كما تنص المالمة 494 ق.م.ج "يلتزم المسؤأجر بالمالمات الخاصة بالإيجار والمالمس، ما لم يوجد اتفاق على خلاف ذلك".

ونصت المالمة 1732 مءني فرنسي على أن "المسؤأجر مسؤؤل عن التلف أو المالمك الذي يصيب العين المؤجرة أثناء مدة الإيجار، ما لم يءبء هو أن التلف أو المالمك قد وقع ءون خطأ منه". وهكذا يتضح لنا من النصوص القانوءية التي أوردناها أن المسؤأجر يلتزم -من ضمن ما يلتزم به بمقتضى عقد الإيجار- بالمالمزة على سلامة العين المؤجرة وذلك بأن يبءل عناية الرجل المالمز في المالمزة عليها من ناحية، وبأن يستعملها الاستعمال المألوف من ناحية أخرى.

كما يستفء من هذه النصوص أن مالمك البناء يملك الرجوع على المسؤأجر ومطالبته بالتعويض إذا أخل هذا الأخير بتنفيذ التزمه بالمالمزة على سلامة العين المؤجرة، وأءى هذا الإلملال إلى دم البناء، وتضرر الغير من جراء هذا التهمدم.

كما يجب على المسؤأجر أن يبءل عناية الشخص المالمز في استعمال العين المؤجرة فيستعملها الاستعمال المألوف، فإن استعمالها استعمالاً غير مألوف ونشأ عن ذلك هلاك العين أو تلفها أو إصابتها بأي ضرر كان مسؤؤلاً عن تعويض المؤجر<sup>(1)</sup>.

ومن أمثلة الاستعمال غير المألوف أن يضع المسؤأجر على سطح المالمس مواد ثقيلة لا تقوى أسس المالمس على تحملها، فيؤءي ذلك إلى تشقق جءران المالمس أو هبوط السطح<sup>(2)</sup>.

لقد رأينا عند بحث شروط المسؤولية عن دم البناء أن المالمس يلقي عبئ هذه المسؤولية على عاتق شخص معين، هذا الشخص هو مالمك البناء في القانون الفرنسي والمالمس، والمالمس في القانون المصري.

(1) - شريف حسين ، المالمس السابق، ص174.

(2) - شريف حسين ، المالمس السابق ، ص176.

وقد رأينا أنه وفقا للمادة 1386 مدني فرنسي المقابلة لنص المادة 2/140 ق.م.ج وهما خاصتان بالمسؤولية عن دم البناء. أن المضرور ليس أمامه سبيل إلا الرجوع على المالك لمطالبته بالتعويض عما أصابه من ضرر من جراء دم البناء حتى لو كان التهدم راجعا إلى خطأ شخص غير المالك، وحتى ولو لم يكن المبنى في حيازته، كأن يكون المالك قد أجّره أو رتب عليه حق انتفاع، ولكن هذا لا يعني أن المالك يتحمل دائما وحده تبعة المسؤولية إذا كان البناء في رعاية شخص آخر كالمستأجر، و دم البناء بسبب إخلال المستأجر في تنفيذ التزامه بالمحافظة على العين المؤجرة وصيانتها، وإجراء الترميمات التي تم الاتفاق أو جرى العرف على أنه مكلف لـ، وإنما يكون للمالك البناء أن يرجع على المستأجر بعد أن يكون قد أدى التعويض للغير المضرور من دم البناء.

فقد ذهب جانب كبير من الفقه الفرنسي إلى أن المضرور يستطيع في جميع الأحوال الرجوع على المالك، ولو لم يكن المبنى في حيازته، ولا يستطيع المالك التخلص من المسؤولية بدافع حيازة غيره للمبنى، وبأن هذا الغير هو الذي أصبح مكلف بصيانتها وترميمه، طبقا لنصوص خاصة أو طبقا لاتفاق بينهم، فتلك النصوص أو ذلك الاتفاق قد يخول المالك بعد ذلك مكنة الرجوع على هذا الغير بالتعويض الذي يكون قد دفعه للمضرور. وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض الفرنسية بأن المالك يظل مسؤولا، ولو سلم البناء إلى من يستأجره منه "والأخير لا يسأل إلا بطريق غير مباشر من المالك نفسه ولو كان المستأجر مكلفا بإجراء الإصلاحات...." (1).

ومعنى هذا أن الغير الذي يتضرر من دم البناء، أن يرجع على المالك وفقا لأحكام المادة 1386 مدني فرنسي، ثم يرجع المالك بدوره على المستأجر بما أداه من تعويض ويكون الرجوع وفق القواعد العامة في المسؤولية العقدية، ذلك أن الفقه والقضاء في فرنسا قد أجمع على أن نص المادة 1732 ق.م.ج الذي قرر مسؤولية المستأجر عن تلف العين المؤجرة، ما هو إلا تطبيق للقواعد العامة في المسؤولية العقدية، ومعنى هذا أن المستأجر يسأل عن هلاك العين المؤجرة مثلما يسأل كل مدين عن أي إخلال بالتزامه العقدي (2).

### ثالثا ( المسؤولية في حالة الملكية المشتركة

إن المسؤولية المدنية عن مختلف حوادث التهدم بما فيها التهدم الكلي أو الجزئي للعمارات تقع على عاتق المستأجرين الذين هم في المستقبل ملاك لهذه العمارات تطبيقا لقانون بيع أملاك الدولة، ولولا هذا القانون لكان هناك اختلاف وتناقض بين هذه الإجراءات وقواعد المسؤولية المدنية طبقا لنص المادة 2/140 ق.م.ج. التي تحمل المالك صراحة هذه المسؤولية، وهو في هذه الحالة ديوان الترقية والتسيير العقاري. يعني هذا أن المالك للبناء

(1) - شريف حسين، المرجع السابق، ص177.

(2) - شريف حسين، المرجع السابق، ص177.

يتحمل هذه المسؤولية لا شك فيه أن الحكم الذي ينطبق على هذه الحالة هو نص المادة 2/140<sup>(1)</sup>، ولكن ما الحكم في حالة الملكية المشتركة؟ سواء بالنسبة للملكية على الشيوع أو ملكية أصحاب الطوابق والشقق في العمارات المشتركة؟

إذا كان العقار شائعاً بين اثنين أو أكثر<sup>(2)</sup>، فتقوم المسؤولية هنا على الجميع وبموجب ذلك يقوم تضامن سلبي اتجاه المضرور طبقاً لنص المادة 126 ق.م.ج<sup>(3)</sup>.

وتطبيقاً لقانون التنازل عن أملاك الدولة الخاص بالاحتياطات العقارية، والمراسيم التطبيقية لهذا القانون فإن المرسوم 269/03 المؤرخ في 7 أوت 2003، يحدد شروط و كفاءات التنازل عن الاملاك التابعة للدولة و للدواوين الترقية و التسيير العقاري المستلمة أو الموضوعة حيز الإستغلال . ومكملاً للقانون المدني في هذه المسألة يحمل المستأجرين لمباني القطاع العام، ومن الأعباء التي تقع على المستأجرين هذا الشأن والتي تقع على جماعة الشركاء في الملك "العقار" على وجه الخصوص، نفقات الترميم والإصلاح باختلاف أنواعه، وكذلك مبالغ التأمين ضد الحريق وحوادث المسؤولية المدنية وأضرار المياه وغير ذلك من الأخطار.

(1) - د. جلال حمزة، المرجع السابق، ص 333.

(2) - تنص المادة 713 ق.م.ج "إذا ملك إثنان أو أكثر شيئاً وكانت حصة كل منهم فيه غير مفرزة، فهم شركاء على الشيوع وتعتبر الحصص متساوي إذا لم يقيم دليل على غير ذلك".

(3) - تنص المادة 126 : إذا تعدد المسؤلون عن فعل ضار، كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر وتكون المسؤولية فيما بينهم بالتساوي، إلا إذا بين القاضي نصيب كل منهم في التعويض".

**المبحث الثاني : المسؤولية التقصيرية للمقاول و المهندس المعماري :**

قد يرتكب المقاول أو المهندس المعماري خطأ ليس له صلة بعقد المقاوله، عندئذ يسأل بموجب قواعد المسؤولية التقصيرية في مواجهة الغير المضور من هذا الخطأ، فإذا كان نطاق المسؤولية العقدية يقتصر على الإخلال بالتزام عقدي فإن المسؤولية التقصيرية تطبق عند الإخلال بأي إلتزام آخر غير عقدي. وعليه يمكن لرب العمل أن يرجع على المهندس المعماري والمقاول إستناداً إلى أحكام المسؤولية التقصيرية في كل مرة يكون فيها الضرر المدعى به في مثل هذه الحالة خارجاً بطبيعته عن نطاق إلتزاما ما العقدية. فضلاً عن ذلك قد لا يقتصر الضرر على رب العمل فحسب بل يتعداه ليمس أشخاصاً آخرين كالجار الذي يتضرر من الضجيج أو تتضرر ملكيته من جراء عملية البناء أو الأشخاص المارين الذين قد يتضررون من سقوط مواد أو آلات، أو حتى المهندس المعماري أو المقاول الذي يتضرر من تنفيذ مقاول آخر للعقد الذي يربطه بصاحب المشروع، فهؤلاء يعدون من الغير وليس لهم إلا سبيل واحد للحصول على تعويض عن الضرر الذي يلحقهم من تنفيذ مقاوله البناء، وهو المسؤولية التقصيرية.

وعليه سوف نقسم هذه الدراسة :

**المطلب الأول :أركان مسؤولية المقاول والمهندس المعماري عن الفعل الضار على ضوء صور**

**المسؤولية التقصيرية:**

**المطلب الثاني : نطاق المسؤولية التقصيرية للمقاول و المهندس المعماري**

**المطلب الثالث : نطاق المسؤولية التقصيرية للمقاول و المهندس المعماري تجاه الغير الاجنبي**

:

**المطلب الرابع: نطاق المسؤولية التقصيرية للمقاول الفرعي (الباطن):**

المطلب الأول: أركان مسؤولية المقاتل والمهندس المعماري عن الفعل الضار على ضوء صور

المسؤولية التقصيرية:

لقد قلنا سابقا أنه متى انعدم شرط أو أكثر من شروط قيام المسؤولية العقدية، وانعدمت هذه الأخيرة، لا مفر من أن تكون المسؤولية التقصيرية هي الواجبة التطبيق، لأن المسؤولية التقصيرية هي الأصل العام والمسؤولية العقدية هي الاستثناء.

كما أن المسؤولية التقصيرية يختلف فيها الفعل المنشئ للمسؤولية باختلاف صورة المسؤولية، فالعبرة بالفعل الشخصي (الخطأ) في المسؤولية عن الأفعال الشخصية وبفعل الغير في المسؤولية عن فعل الغير وبفعل الشيء في المسؤولية عن فعل الأشياء.

وكما يشترط لقيام المسؤولية العقدية توافر شروط معينة سبق وأن تطرقنا إليها، فإن للمسؤولية التقصيرية كذلك لها شروطها الخاصة 1.

إن المشرع الجزائري ظل متمسكا بالأساس التقليدي للمسؤولية الذي هو " الخطأ " فجعله تارة واجب الإثبات وتارة أخرى مفترض ، ووفقا للنظرية التقليدية التي كانت تعير الخطأ اهتماما بالغا، فإنه يتوجب لقيام المسؤولية التقصيرية ، توافر أركان ثلاثة: الخطأ، الضرر، علاقة سببية، وقد قسمت النظرية التقليدية المسؤولية التقصيرية إلى ثلاثة أنواع، المسؤولية عن الأعمال الشخصية، المسؤولية عن فعل الغير والمسؤولية الناشئة عن الأشياء.

الفرع الأول: مسؤولية المقاتل والمهندس المعماري على ضوء المسؤولية عن الفعل الشخصي:

يقصد بالمسؤولية عن الفعل الشخصي تلك التي تنتج عن فعل يصدر عن أحدت الضرر، حيث أدى تدخله مباشرة في إحداثه دون وساطة شخص آخر أو تدخل شيء مستقل عنه.

إن المسؤولية عن العمل الشخصي في كل القوانين المقارنة عادة ما تقوم على الخطأ الواجب الإثبات. فقد نص المشرع الجزائري في نص المادة 124 من ق.م.ج على ما يلي: " كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض " إن ظاهر هذا النص يدل على المسؤولية عن الأفعال الشخصية وهي المسؤولية العامة أصلا، قوامها الخطأ الواجب الإثبات من المضرر ضد المسؤول، وعندما ذكر المشرع كلمة " الخطأ " ابتغى من وراء ذلك أن لا تكون المسؤولية موضوعية **Responsabilité objective**، تقوم على أساس الضرر، وإنما هي مسؤولية شخصية قوامها الخطأ الواجب الإثبات.

ومن خلال هذه المادة 124 ق. م. ج يتبين لنا أن المسؤولية المدنية التقصيرية بصفة عامة عن المقاول والمهندس المعماري تقوم على ثلاثة أركان هي: الخطأ، الضرر، علاقة سببية.

### البند 1 : الركن الأول: الخطأ

إن الخطأ هو الركن الأول للمسؤولية التقصيرية، وهو في نفس الوقت أساسها، ذلك أنه لا يكفي أن يحدث الضرر بفعل شخص حتى يلزم بتعويضه، بل يجب أن يكون ذلك الفعل خطأ، فالخطأ شرط ضروري للمسؤولية المدنية، وقد اشترطته جميع التقنيات العربية، ولو أن إعطاء تعريف للخطأ ليس بالأمر الهين إذ لم يختلف الفقهاء في أمر كاختلافهم في هذا الموضوع، ولذا تباينت تعريفات الخطأ تباينا كبيرا<sup>(1)</sup>. حتى التشريعات لم تسلم من ذلك بما فيها المشرع الجزائري، فلم يستطع وضع تعريف جامع لمفهوم الخطأ التقصيري. فلقد عرفه الأستاذ بلاينول ( PLANIOL ): " على أنه الإخلال بالالتزام السابق "<sup>(2)</sup>. وعرفه الدكتور لبيب شنب أنه: " الانحراف عن سلوك الشخص المعتاد الموجود في نفس الظروف الخارجية لمرتكب الضرر مع إدراك ذلك "<sup>(3)</sup>.

#### 1- أركان الخطأ: يقوم الخطأ على ركنين.

#### 1-الركن المادي : (عدم المشروعية) وتنتج عن الاعتداء على حق ما<sup>(4)</sup>، ولا يشترط أن يكون الخطأ

بالمعنى القانوني أن يكون متمثلا في الأفعال الضارة، فقد تكون هذه الأفعال ذا الوصف دون أن تكون أخطاء قانونية، فإذا قام الشخص بفعل معين سبب ضررا للغير إلا أنه مشروع ومباح قانونا، فإن مثل هذا الفعل يخرج عن معنى الخطأ التقصيري مثل فتح تاجر محلا تجاريا بالقرب من محل منافس على الرغم من أنه تسبب في حدوث أضرار<sup>(5)</sup>.

#### 2-الركن المعنوي (الاسناد): يلزم أن يكون هذا العمل غير المشروع مسندا إلى فاعله الذي قام به،

والذي يعد مسؤولا عن الأضرار الناتجة عن هذا العمل، أو هو " العلاقة التي تربط الفعل الضار بإرادة حرة واعية، وهو الذي يجعل الفعل الضار الذي ارتكبه الفاعل خطأ ". والمقصود بوجوب إسناد الفعل الضار أن يتصرف الفاعل بإرادة حرة واعية وعميا كاملا، وأن يكون مدركا بالآثار المترتبة عن فعله الضار.

(1) - د. سليمان مرقس: المرجع السابق، ص 179 - 180.

(2) - د. شعبان طه، المرجع السابق، ص14، نقلا عن: planiol, étude sur responsabilité, civil, Revue criegue- legis et juris, 1905, p 278.

(3) - د. لبيب شنب: دروس في نظرية الالتزام، دار النهضة العربية، ص 343.

(4) - د. شعبان طه، المرجع السابق، ص 7.

(5) - د. شعبان طه، المرجع السابق، ص 18.

إن مفهوم الخطأ بركنيه يختلف من مدرسة إلى أخرى حيث ظهرت مدرستين حول تحديد ماهية الخطأ التقصيري، المدرسة التقليدية والمدرسة الحديثة<sup>(1)</sup>.

## 2) صور الخطأ التقصيري:

للخطأ التقصيري عدة صور هي:

أ) الخطأ العمدي والخطأ غير العمدي (الإهمال):

1. **الخطأ العمدي:** يقصد به أنه إخلال بواجب قانوني مقترن بقصد الإضرار بالغير<sup>(2)</sup>، ويتضح من خلال هذا التعريف أنه يكفي لاعتبار الخطأ عمدياً ، أن يكون قصد الفاعل قد اتجه إلى إحداث الضرر حتماً.
2. **أما الخطأ غير العمدي:** وينشأ عند الإخلال بواجب قانوني دون قصد لإحداث الضرر وله عدة صور تتمثل في الإهمال والرعونة وعدم التبصر والجهل بما ينبغي على الشخص العلم به وعدم بذل العناية المعتادة<sup>(3)</sup>.

## ب) الخطأ المهني

يمكن تعريف الخطأ المهني من خلال تعريف الخطأ بمفهومه العام على النحو السالف الذكر بأنه " الانحراف عن السلوك المألوف للشخص أثناء تأدية وظيفته أو بمناسبة ممارسة لها مع إدراكه لهذا الانحراف"<sup>(4)</sup>. ويتضح من هذا التعريف أن الخطأ المهني صورة من صور الخطأ بصفة عامة، وتتعلق هذه الصورة بالخطأ الذي ترتكبه أحد الأشخاص من أصحاب المهن الحرة.

ويمكن تمييز الخطأ المهني عن الخطأ العادي بالنظر إلى عنصرين أساسيين:

1- الشخص مرتكب الخطأ.

2- وما إذا كان هذا الشخص قد ارتكب هذا الخطأ أثناء تأدية الوظيفة أو بسببها .

فإذا ارتكب الشخص يمتن مهنة حرة ، يعد الخطأ الذي يرتكبه خطأ مهنيًا بشرط أن يرتكب أثناء تأدية وظيفته، مثل الطبيب الذي يرتكب خطأ أثناء قيامه بإجراء عملية جراحية لمريض، فيعد هذا الخطأ مهنيًا.

(1) - أنظر أكثر الدكتور شعبان طه ، المرجع السابق، من ص 14 - 27.

(2) - د. خالد عبد الفتاح محمد ، المسؤولية المدنية في ضوء أحكام محكمة النقض، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، ص 111 - 112.

(3) - د. شعبان طه ، المرجع السابق ص 35.

(4) - د. شعبان طه، المرجع السابق، ص 55.

الخطأ الجسيم والخطأ اليسير:

الأصل المستقر عليه في الفقه والقضاء أن الخطأ درجة واحدة، لأنه مادام الخطأ هو الإخلال بواجب قانوني فإن التدرج في درجاته يقتصر بحثه على مضمون الواجبات القانونية دون خطأ<sup>(1)</sup>.

وبالتالي يعرف البعض الخطأ الجسيم، بأنه عدم بذل العناية بشؤون الغير بصورة لا تصدر عن أقل الناس حرصا في شؤونهم الخاصة، أو أنه الخطأ الفاحش الذي يخرج عن الغش<sup>(2)</sup>. أما عن معيار الخطأ الجسيم فقد اختلف الفقهاء في تحديده، غير أننا نؤيد الفقه الذي أخذ بالمعيار الموضوعي " معيار سلوك الشخص المعتاد " مع الأخذ في الاعتبار الظرف والملابسة التي تحيط بالمسؤول وفقا لما تقدره المحكمة. أما عن الخطأ اليسير أو التافه، فقد اتجه الفقه إلى وضع تعريف محدد للخطأ اليسير يعرفه بأنه "الخطأ الذي لا يقترفه شخص عادي في حرصه وعنايته " والخطأ التافه " هو الخطأ الذي لا يقع بالقدر القليل من الإهمال وعدم التنبه ولا يقترفه الرجل الحريص"<sup>(3)</sup>.

(ت) - الخطأ الإيجابي والخطأ السلبي:

لقد عرف البعض الخطأ الإيجابي بأنه الخطأ الذي يقع فيه الأشخاص خارج دائرة العقود وذلك حين يملئ القانون واجبات معينة يلزم الأشخاص باحترامها ويمثل فعل الإتيان المخالفة لهذه الواجبات بالخطأ الإيجابي<sup>(4)</sup>. وعبر عنها البعض الآخر من الفقه: " الإخلال بقاعدة ناهية عن عمل معين مثل الإخلال بالقواعد القانونية التي تنهى عن السرقة ".

أما الخطأ السلبي فهو خطأ الامتناع أو خطأ الترك أو الإهمال، وهناك فارق بين الخطأ المتمثل في الامتناع عن القيام بعمل قانوني مشروع وبين خطأ الامتناع ا رداً، فبالنسبة للخطأ المتمثل في الامتناع عن القيام بعمل قانوني فالأمر متفق عليه بين الفقهاء على قيام مسؤولية الممتنع عن عمل ملتزم به قانوناً مثل امتناع المهندس المعماري الذي يعمل في إحدى الشركات العامة، فيمتنع عن ترميم بناء معهود إليه ترميمه، يكون مرتكباً لخطأ سلبي. أما عن الخطأ الامتناع عن التزام بواجب عام رداً الامتناع عن القيام بهذا الالتزام فهو يختلف عن الصورة الأولى، لأنه في هذه الصورة يكون الالتزام غير مرتبط بعقد سابق، ومثال ذلك الطبيب الذي يمتنع عن علاج مريض في حالة حرجة أتى إلى العيادة الخاصة به، وترتب على ذلك وفاة المريض، فهذا المثال لهذه الصورة السابقة من الالتزام لا يكون

(1) - د. خالد عبد الفتاح، المرجع السابق، ص 119 .

(2) - د. شعبان طه، المرجع السابق، ص 35.

(3) - د. شعبان طه، المرجع السابق، ص 38.

(4) - د. خالد عبد الفتاح محمد، المرجع السابق، ص 133.

## الفصل الثاني: المسؤولية التقصيرية المعمارية

---

التزام الطبيب بمناسبة عقد أو قانون كما في الصورة السابقة، وإنما يتعلق الالتزام بواجب عام لا يوجد نص قانوني يحكمه، وكذلك لا يوجد عقد بين الطبيب وهذا المريض.

البند 2): الركن الثاني: الضرر

1. مفهوم الضرر وأهميته:

أ- مفهوم الضرر:

لا يكفي لقيام مسؤولية الشخص أن يرتكب فعلا خاطئا، بل يجب أن يترتب عن الفعل ضرر يصيب الغير ، سواء كان الضرر ماديا أو معنويا، فإذا انتفى عنصر الضرر فلا تقبل الدعوى المسؤولية، لأنه لا دعوى بدون مصلحة لهذا فقد عرفه الفقه بأنه " المساس بحق من حقوق الإنسان أو بمصلحة مشروعة له "(1). وطبقا لهذا التعريف لا بد من توضيح التفرقة بين الحق المعتدى عليه وبين المصلحة المعتدى عليها، لأن مجرد الأذى لمصلحة الإنسان متى كانت مشروعة ، يكفي للمطالبة بالتعويض ولو لم تتصل هذه المصلحة إلى حد اعتبارها حقا خالصا له. فمثلا لو أن شخصين قريبين ، كان أحدهما ينفق على الآخر، فقتل القريب المنفق من قبل شخص آخر فيجوز للشخص القريب الذي كان يستفيد من النفقة أن يطالب قاتل قريبه بالتعويض باعتبار أن هذا الأخير قد مس بمصلحة مشروعة ولو أنه على القريب المتوفي حق النفقة عليه (2). أما بالنسبة للحق المعتدى عليه كالحقوق العينية أو الشخصية، أو المساس بحرية من حرياته التي كفلها الدستور كحقه في الحماية حياته وسلامته الجسدية وشرفه وسمعته.

ب- أهمية الضرر:

إن عنصر الضرر لم يفقد قيمته النظرية والعملية في ظل النظريات التي بحثت في أساس المسؤولية المدنية سواء الشخصية أو النظريات الموضوعية، فإن عنصر الضرر قد احتفظ بمكانته من بين الشروط اللازمة لقيام المسؤولية، بالإضافة إلى ذلك أن البحث في قيام المسؤولية المدنية سواء في ظل النظرية الشخصية أو في ظل النظريات المادية أو الموضوعية يستدعي البدء في إثبات عنصر الضرر وذلك بكافة طرق الإثبات باعتباره واقعة مادية، فضلا عن ذلك فإن الضرر ليس فقط ركن في المسؤولية المدنية بصفة عامة، بل هو مقياس مقدار التعويض، وحتى أن المسؤولية التقصيرية أصبحت حاليا تتجه إلى التأسيس على عنصر الضرر والضرر فقط (3).

(1) - د. بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزامات، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، ص 143 - 144.

(2) - د. بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 171.

(3) - د. علي فيلاي، المرجع السابق، ص 243، 244.

2) شروط الضرر:

1- أن يترتب عن الضرر مساسا بحق أو مصلحة مشروعة للمضرور:

يشترط في الضرر أن يكون الضرر الذي لحق بالمضرور ناتج عن المساس بحق من حقوقه، سواء كانت هذه الحقوق مالية كحق الملكية، وحق الدائنية، أو حقوق غير مالية كالمساس بسلامة الجسم أو استقراره النفسي، وبمجرد المساس بمصلحة الشخص يكفي لاعتبار الضرر عنصرا في المسؤولية، شريطة أن تكون مشروعة حتى ولو لم تصل إلى مرتبة الحقوق، أما إذا كانت هذه المصلحة غير مشروعة كمطالبة الخليفة بالتعويض عن الضرر الذي لحق ما من جراء فقدا ما لخليلها الذي كان ينفق عليها حال حياته.

2- أن يكون الضرر محققا: ويكون ذلك إذا كان حالا أي إذا حصل الإخلال به فعلا وكان متوافرا

وقت رفع دعوى المسؤولية.

- إن الضرر يشمل الضرر الحال، كما أنه يشمل كذلك الضرر المستقبلي المحقق الوقوع، أي الضرر

المؤكد الحدوث في المستقبل، وبالتالي فإن الضرر يكون محققا ومؤكدا في حالتين :

- إذا كان حالا ، أي حصل فعلاً؛

- إذا كان وقوعه في المستقبل مؤكدا.

أما إذا كان الضرر غير محقق الوقوع في المستقبل لا يستحق صاحبه التعويض عنه.

ومثال ذلك أن تؤدي مباشرة أشغال البناء إلى تصدع جدران مبنى الجار فطبقا لقواعد المسؤولية التقصيرية، فإن من أحدث هذا التشقق والتصدع يكون ملزما بتعويض الضرر الحاصل في الجدران، وأما الضرر الذي قد يتحقق أو لا ، لا يكون ملزما بالتعويض عنه وهو الضرر الاحتمالي وفي هذا المثال، فإن ا يار المبنى نتيجة هذا التصدع، يعتبر من قبيل الإضرار الاحتمالية، التي قد تتحقق أولا، وبالتالي لا يمكن المطالبة بالتعويض على أساس احتمال دم المبنى وإنما تقتصر المطالبة فقط على الضرر الحاصل هو تشقق الجدران.

البند (3) الركن الثالث: العلاقة السببية

لقد قلنا سابقا أنه لتحقق المسؤولية التقصيرية لا بد من توافر الخطأ والضرر وعلاقة السببية، وهذه الأخيرة لا بد من توافرها بين الخطأ والضرر، أي أن يكون خطأ المسؤول أو المدعى عليه هو الذي سبب الضرر الذي أصاب المضرور أو المدعى في المسؤولية، فإذا انعدمت علاقة السببية بين الخطأ والضرر فلا تقوم مسؤولية مرتكب الخطأ، ولو كان الخطأ بلغ من الجسامة حد كبير.

والمثال الشائع عند الفقه في بيان علاقة السببية بين الخطأ والضرر، هو أن شخص دسّ سمّاً لآخر في طعامه، وقبل أن ينتج السم أثره، يتدخل ثالث ويطلق رصاصة قاتلة على الشخص المسموم، فيموت على إثر تلك الطلقة، فخطأ الشخص موجود والضرر موجود، وهو وفاة الشخص المسموم ولكن رابطة السببية بين الخطأ المتمثل في وضع السم والضرر المتمثل في وفاة الشخص المسموم منعدمة، لأن الوفاة لم تنتج عن استهلاك السم وإنما نتجت عن إطلاق الرصاصة التي أدت إلى الوفاة<sup>(1)</sup>.

وعليه يجب أن يكون الخطأ هو السبب المباشر والمنتج للضرر، فإن أثبت أن الضرر سببه أجنبي، انعدمت المسؤولية التقصيرية، لانعدام علاقة السببية بين الخطأ والضرر<sup>(2)</sup>.

إن المشرع الفرنسي لم ينص صراحة ن هذا الركن "علاقة السببية" إلا ضمن أحكام المادة 1382 ق.م.ف "سبب ضرراً للغير"<sup>(3)</sup> بعكس ذلك فقد نصت المادة 1151 ق.م.ف عليه.

بينما نجد كل من المشرع المصري في نص المادة 165 ق.م.مصري، والجزائري قد نص صراحة على انتفاء العلاقة السببية بمجرد إثبات السبب الأجنبي للضرر حيث نصت المادة 127 ق.م.ج: "إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه كحادث مفاجئ أو قوة قاهرة أو خطأ صدر من المضرور أو خطأ من الغير كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر، ما لم يوجد نص قانوني أو اتفاق يخالف ذلك".

إن العلاقة السببية تعتبر ركناً في المسؤولية التقصيرية، يقع عبئ إثباتها على المدعى المضرور بجميع طرق الإثبات لكونها تستخلص من الوقائع المادية<sup>(4)</sup> وقد يحدث أن تتدخل عدة أسباب في إحداث الضرر أو بعبارة أخرى قد تتعدد الأخطاء وتؤدي إلى حصول الضرر، فأى خطأ يعتد به لإقامة العلاقة السببية بينه وبين الضرر الذي حصل؟

لقد ظهرت عدة نظريات فيما يخص هذه المسألة وسوف نتطرق إلى ما هو شائع منها:

(1) - د. لبيب شنيب، المرجع السابق، ص 359.

(2) - د. بلحاج العربي، المرجع السابق، ج2، ص 171.

(3) - د. بلحاج العربي، المرجع السابق، ج2، ص 171.

(4) - le tourneau . (ph) , La responsabilite civile , 3 éme edition , Dalloz , 1982 , P 513

أولاً: نظرية تكافؤ الأسباب: هذه النظرية تأخذ بعين الاعتبار كل سبب ساهم في إحداث الضرر حتى ولو كان بعيداً، وأول من نادى بها الفقيه فون بوري في كتابه الصادر سنة 1855، حيث اعتبر أن العوامل المسببة للضرر تعد متكافئة، أي أنه إذا تخلفت إحدى هذه العوامل لا يحدث الضرر ويختفي سببه، وعليه فإن السبب يعتبر شرطاً فإذا اختفى السبب اختفت النتائج، ومثاله أن يترك الجد في غرفة مخصصة للأطفال مسدداً، فيقوم أحد الأطفال بإصابة أخيه فقد قضت المحكمة النقض الفرنسية بأنه لولا خطأ الجد لما وقع الحادث<sup>(1)</sup>.

### ثانياً: نظرية السبب المنتج أو الفعال<sup>(2)</sup>

مفاد هذه النظرية ألا تأخذ بعين الاعتبار كل الأسباب التي أدت إلى وقوع الضرر وإنما تراعي السبب الذي أدى إلى حدوث الضرر، وهذا السبب هو ذلك السبب الفعال الذي كان له دور أساسي في إحداث الضرر، ولقد أخذ أغلبية الفقه العربي هذه النظرية في إطار المسؤولية التقصيرية<sup>(3)</sup>.

بعد أن تكلمنا عن أركان المسؤولية التقصيرية بوجه عام عن الفعل الشخصي يجب أن نبين، أن المسؤولية الخاصة أو العشرية، تقتصر على الأضرار الخطيرة وحدها، حيث لا تطبق أحكامها إلا إذا وقع الضرر في الأجزاء الرئيسية أو في الأعمال الكبرى للبناء فإن المسؤولية التقصيرية تفسح المجال أمام كل ضرر مهما كان يسيراً أو حتى كان ليس له تأثير على مثانة البناء وسلامته، كما تعلق الأمر بانفصال حجراً أو سقوط عناصر أو مواد ترتب عليها جرح الغير.

ولا يكفي توافر توافر الخطأ من جانب المهندس المعماري أو المقاول ثم تحقق الضرر بل لابد من توافر علاقة سببية وهي الركن الثالث للمسؤولية كما رأينا سابقاً فإذا توافرت هذه الأركان الثلاثة أمكن قيام مسؤولية المهندس أو المقاول عن فعله الشخصي، غير أنه يمكن أن ينفي مسؤولية تلك عن طريق نفي وجود علاقة سببية بين خطئه والضرر الحاصل، عن طريق إقامة الدليل أن الخطأ المدعى به لا تتوافر فيه الشروط اللازمة للقول بكونه سبباً للضرر، أو بإثبات السبب الأجنبي الذي لا علاقة له بخطئته، ولا يد له فيه، كالقوة القاهرة أو الحادث الفجائي أو فعل المضرور نفسه، أو فعل الغير، إذا من شأن ذلك هدم العلاقة السببية بين خطأ المعماري وبين الضرر.

(1) - le tourneau . (ph) , op.cit ,p. 154

(2) - د. جميل الشرقاوي، نظرية البطالان التصرف في القانون المدني المصري، ص 490.

(3) - د. جميل الشرقاوي، نظرية البطالان التصرف في القانون المدني المصري، ص 490.

الفرع الثاني: مسؤولية المقاول والمهندس على ضوء المسؤولية عن فعل الغير

قبل التطرق إلى دراسة المسؤولية عن أعمال التابعين، لا بد أن نشير في البداية أنه لا توجد تبعية بين وظيفة المهندس وبين المقاول، نظرا للخلط أحيانا بين وظيفة المهندس وبين المقاول، من حيث أن الأول واجبه الإشراف على العمل والرقابة والتوجيه والثاني عليه تنفيذ العمل على النحو المتفق عليه، ووفقا للصفحة المتفق عليها وخاضعا في وظيفته لإشراف الأول، الأمر الذي قد يجعل البعض يعتقد أن المسؤولية المشتركة بين المهندس والمقاول إلا أن الأمر في الحقيقة غير ذلك، فلا يوجد هناك علاقة تبعية بين المقاول والمهندس حتى ولو كان للمهندس حق الإشراف على أعمال المقاول، وطريقة تنفيذها لأنه وإن كان له سلطة فعلية عليه، إلا أن هذه الرقابة والإشراف يكونان لمصلحة وحساب رب العمل وليس لحسابه الخاص وبالتالي تنتفي رابطة التبعية بينهما وذلك بخلاف مسؤولية المتبوع التي تثار عندما يؤدي التابع أعمال لحساب متبوعه وهو ما لا يتوافر في العلاقة بين المهندس المعماري والمقاول.

ينص القانون الفرنسي على أن المخدمين ( les maitres ) يسألون عن خدامهم ( les domestiques ) و اصحاب الاعمال ( les commettants ) يسألون عن أتباعهم، أما المشرع الجزائري فلقد بين أحكام مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه من خلال التعريف به وكذا نص على شروط هذه المسؤولية وكيفية دفعها طبقا لنص المادتين 136 و 137 ق.م. ج المعدلتين بالقانون والمقابلة لنص المادة 174 ق م مصري، التي تنص: " يكون المتبوع مسؤولا عن الضرر الذي يحدثه تابعه بفعله الضار متى كان واقعا منه في حالة تأدية وظيفته أو بسببها أو بمناسبةها وتحقق علاقة السببية ولو لم يكن المتبوع حرا في اختيار تابعه متى كان هذا الأخير يعمل لحساب المتبوع "، كما نصت المادة 137 ق م ج على " المتبوع حق الرجوع على تابعه في حالة ارتكابه خطأ جسيم ".

**البند 1) شروط مسؤولية المتبوع عن أفعال تابعه:**

لقد حددت المادة 136 ق.م.ج شروط مسؤولية المتبوع وهي:

**أ) رابطة التبعية "lien de préposition"**

تقوم هذه العلاقة على السلطة الفعلية في الرقابة والتوجيه التي تثبت للمتبوع على التابع، ورب العمل هو من عهد ببعض شؤونه إلى غيره وكان له على الغير سلطة الأمر والنهي<sup>(1)</sup>، ولا ينظر إلى علاقة القرابة، أو نحوها متى تحققت سلطة الأمر والنهي، فقد يكون الابن خادماً لأبيه ويسأل عنه كما يسأل في العمل عن التابع، ولا يشترط كذلك ضرورة توافر عقد صحيح، بل قد يستخدم رب العمل السلطة من حالة غير شرعية تربط بمن تسلط عليه<sup>(2)</sup> وعلى ذلك فقوام الرابطة يتحقق من خلال عناصر ثلاثة: -قيام سلطة الرقابة والتوجيه - محل سلطة التوجيه وهو القيام بعمل معين، - قيام التابع بعمله لحساب المتبوع.

**ب) - خطأ التابع في حالة تأدية وظيفته أو بسببها أو بمناسبةها:**

إن مسؤولية المتبوع متوقعة على ثبوت مسؤولية التابع بأركان الثلاثة (الخطأ، الضرر، العلاقة السببية) عن الفعل الشخصي.

والمشرع لم يقصر المسؤولية على ما يقع من هذه الأفعال غير المشروعة أثناء تأدية الوظيفة بل بسط نطاقها على ما تكون الوظيفة قد هيأت فرصة ارتكابها والرأي عند جمهور الفقهاء في فرنسا أن مسؤولية المخدوم تتناول ما يقع من خادمه أثناء تأدية الوظيفة، وما يقع من التابع بمناسبة تأدية وظيفته أو أثناء إساءة استغلالها<sup>(3)</sup>.

**- خطأ التابع أثناء الوظيفة: ويستوي ذلك في أن يوجه المتبوع للتابع أوامر أو لم يوجه له، فبمجرد**

صدور خطأ من التابع، يعتبر ذلك إخلالاً منه لواجباته الوظيفية.

**- خطأ التابع بسبب الوظيفة: تقع هذه المسؤولية بسببها وليس أثناء تأديتها كما في الحالة السابقة**

فلولا الوظيفة ما كان الضرر يحصل من التابع.

**- خطأ التابع بمناسبة الوظيفة: ذلك أن الخطأ الذي يقتصر على أن الوظيفة يسرت للتابع وهيأت له**

الفرصة لارتكاب الضرر.

(1) - د. حسن عكوش، المرجع السابق، 254.

(2) - د. حسن عكوش، المرجع السابق، ص 255.

(3) - د. حسن عكوش، المرجع السابق، ص 56.

البند 2) أساس المسؤولية و دفعها:

أ) **تكليف المسؤولية:** يوجد جانب من الفقه من أسس هذه المسؤولية على أساس الخطأ المفترض وغير القابل لإثبات العكس، ومنهم من يؤسسها على فكرة النيابة إلا أنه مسؤول عن تابعه ولا يستطيع التخلص من هذه المسؤولية ولو أثبت أنه كان يستحيل عليه أن يمنع العمل غير المشروع الذي سبب الضرر فالتزامه التزام بتحقيق غاية لا التزام ببذل عناية وهذا الاعتبار يجيز أيضا استبقاء مسؤولية المتبوع عن التابع ليس مصدرها الاتفاق حتى يشترط التمييز بل مصدرها القانون سواء ضمانا أو نيابة أو حلولا<sup>(1)</sup>.

ب) دفع مسؤولية المتبوع عن أفعال التابع:

هذه المسؤولية تتناول كل أدى يصيب الغير بفعل التابع سواء كان الغير أجنبيا أو تابعا يعمل في خدمة المتبوع ، و للمضرور الرجوع على التابع والمتبوع متضامنين أو يرجع على أحدهما بكامل التعويض و للمتبوع إذا دفع التعويض كاملا للمضرور أن يرجع على تابعه بما دفعه بأكمله طبقا لنص المادة 137ق.م.ج. و المقابلة لنص المادة 175 ق م مصري.

ولا يحول دون مسؤولية المتبوع عن كامل التعويض أن يشترك مع تابعه في ارتكاب الفعل الضار آخر أجنبي عن المتبوع.

لا يستطيع المتبوع دفع مسؤوليته إلا عن طريق السبب الأجنبي للضرر وهذا ما أكده القضاء الجزائري بأن المتبوع لا يستطيع متى قامت مسؤولية التابع أن ينفي المسؤولية عن نفسه بنفي خطئه في اختياره أو تقصيره في رقابته، ذلك لأنه لا يصح مناقشة قاعدة موضوعية لاستبعاد وليس أمام المتبوع إلا أن يدفع التابع مسؤوليته وفق للقواعد العامة وإذا لم يستطع ذلك فلا يبقى أمامه إلا بإثبات السبب الأجنبي للضرر والذي لا شأن للتابع فيه<sup>(2)</sup>.

(1) - د) حسن عكوش، المرجع السابق، ص 292.

(2) - د) بلجاح العربي، المرجع السابق، ص 337 - 338.

الفرع الثالث : مسؤولية المقاول والمهندس المعماري على ضوء المسؤولية عن فعل الشيء

تنص المادة 138 ق م ج على أنه: " كل من تولى حراسة شيء وكانت له قدرة الاستعمال والتسيير والرقابة يعتبر مسؤولاً عن الضرر الذي يحدثه ذلك الشيء، ويعفى من هذه المسؤولية الحارس للشيء إذا أثبتت أن ذلك الضرر حدث بسبب لم يكن يتوقعه مثل عمل الضحية أو عمل الغير أو الحالة الطارئة أو القوة القاهرة ".<sup>(1)</sup>

إن المسؤولية عن فعل الشيء لا تقوم بالنسبة للمهندس في أغلب الأحيان، ولكن تقوم أساساً في مواجهة المقاول الذي يعد الحارس للأشياء التي تستخدم في تنفيذ المشروع من أدوات وآلات وكل ذلك يكون في إطار القواعد العامة.

ولعل السبب في ذلك يرجع إلى أن المهندس هو المسؤول عن عملية التنفيذ يتحدد نطاق مسؤوليته في الإشراف والتوجيه وإبداء الرأي والمشورة لرب العمل وزيارة الموقع الذي يتم فيه الأعمال بشكل منتظم، وذلك على النحو السالف البيان دون أن يكون حارساً للأدوات المستخدمة في عملية البناء.

وفي رأي الدكتور أحمد شعبان طه " ... نرى أن المسؤولية المهنية تنحصر في الغالب في مسؤولية الضمان العشري وهي المسؤولية ذات الطبيعة خاصة نظمها المشرع لا ترتبط بأحكام المسؤولية طبقاً للقواعد العامة، والمسؤولية العقدية بحسب الأصل، والمسؤولية التقصيرية على سبيل الاستثناء، وفي حالات محددة يكون خطأها فيها خارجاً عن نطاق العقد وفي مواجهة رب العمل طبقاً للقواعد العامة ... " <sup>(1)</sup>.

من خلال نص المادة 138 ق م ج يتبين لنا أن مسؤولية حارس الشيء تقوم على خطأ مفترض غير قابل لإثبات العكس، إلا بإثبات السبب الأجنبي للضرر كما أن المشرع قد عمم المسؤولية عن فعل الشيء سواء كان هذا الشيء من المنقولات أو غير المنقولة.

(1) - د. شعبان طه، المرجع السابق، ص 300.

**البند 1) شروط مسؤولية حارس الأشياء:**

وفق نص المادة 138 ق م ج يشترط لتحقيق هذه المسؤولية أولا: تولى شخص حراسة شيء

وثانيا : أن يقع هذا الضرر بفعل الشيء

**1) وجود شيء في حراسة شخص:**

من خلال نص المادة 138 ق م ج. المشرع لم يعطي تعريفا لمفهوم الحراسة إلا أنه أشار إلى بعض خصائصها، فالحراسة هي السيطرة الفعلية على الشيء استقلالاً سواء استندت السيطرة على حق مشروع أو لم تستند ، فلا يشترط أن تكون في يد المالك أو الحائز أو المنتفع.

والوضع الغالب أن تكون الحراسة تحت يد المالك وهو المسؤول عن جميع الأضرار التي يحدثها هذا الشيء، ما لم يكن الشيء غير خاضع لحراسة أحد فلا يسأل عن ضرر هذا الشيء أحد كأضرار الأشجار .... كما أن القضاء الجزائري الذي يجعل من حارس الشيء مسؤولاً عن الضرر الذي يحدثه الشيء، فقضت المحكمة العليا " إن حارس الشيء الذي يفترض الخطأ في جانبه بمقتضى نص المادة 138 ق م ج " هو ذلك الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يكون له سلطة الاستعمال والتسيير والرقابة، أي الذي يملك السلطة الفعلية على الشيء قصراً واستقلالاً " .

**1) وقوع ضرر بفعل الشيء:**

أي التدخل الإيجابي منسوب للشيء ، و يتحقق ذلك إلا إذا كان الشيء في وضع غير عادي أو غير طبيعي تتحقق معه الأضرار، مثال سيارة واقفة في المكان المخصص للوقوف واصطدمت لسيارة أخرى، هنا السيارة الواقفة دورها سلمي لآ كانت في وضعها الطبيعي " أما إذا كانت واقفة بشكل يعترض الطريق أو واقفة ليلاً وهي مطفأة الأنوار فإن دورها حينئذ يكون إيجابياً لآ لم تكن في وضع طبيعي أو عادي.

البند (2): أساس مسؤولية حارس الأشياء:

لقد اختلف الفقه حول تحديد أساس مسؤولية حارس الشيء، فيقول بعض الشراح أن الخطأ هنا أقرب إلى الصنعة فهو خطأ موهوم وأن المسؤولية فرضها القانون وأقامها على أساس تحمل التبعة، غير أن بعض الفقهاء أقاموها على الخطأ المفترض افتراضاً غير قابل لإثبات العكس فيقول الأستاذ مزور أن الخطأ الذي قامت عليه مسؤولية الحارس هو الخطأ في الحراسة إذ أن الحارس ملتزم بتحقيق غاية بالأعلى يفلت زمام الشيء عن يده حتى لا يصاب الغير بضرر ولا سبيل إلى نفيه بإثبات العكس<sup>(1)</sup>.

وليس لحارس الشيء دفع هذه المسؤولية إلا أن ينفي علاقة السببية بين فعل الشيء والضرر الذي وقع أي بإثبات السبب الأجنبي (قوة قاهرة، حادث فجائي، خطأ الغير، خطأ ائني عليه). في الحقيقة أن هذا الأساس هو ما أخذ به القضاء الجزائري، فقد اتجهت المحكمة العليا بقرار لها بقولها: " أن حارس الشيء يعتبر مسؤولاً عن الضرر الذي يحدثه ذلك الشيء الذي له عليه قدرة الاستعمال والتسيير والرقابة، ولا يعفى من هذه المسؤولية إلا إذا أثبت أن الضرر حصل بفعل الضحية أو الغير أو الحالة الطارئة أو القوة القاهرة " <sup>(2)</sup>.

(1) - د. حسن عكوش، المرجع السابق، ص 386.

(2) - د. حسن عكوش، المرجع السابق، ص 386.

المطلب الثاني : نطاق المسؤولية التقصيرية للمقاول و المهندس المعماري

أحيانا قد يسأل المقاول و المهندس المعماري وفق المسؤولية التقصيرية بالرغم من وجود عقد مقابولة ، و هذا في ثلاث حالات ، وهذه الحالات قد ابتدعها الفقه، و تعتبر حلول قضائية ، ترمي لحماية رب العمل و الغير من كل غش أو خداع أو اهمال من طرف المقاول و المهندس المعماري ، لهذا سوف نتطرق في الفرع الأول حق رب العمل في الرجوع على المقاول و المهندس المعماري طبقا لأحكام المسؤولية التقصيرية أما في الفرع الثاني فسننتقل إلى المسؤولية التقصيرية للمقاول و المهندس المعماري تجاه الغير ، وفي الأخير في الفرع الثالث سوف ندرس المسؤولية التقصيرية للمقاول الفرعي .

الفرع الأول: نطاق المسؤولية التقصيرية للمقاول و المهندس المعماري عن العمل الشخصي في

مواجهة رب العمل

قد يدور التساؤل هنا حول مدى خضوع المقاول و المهندس المعماري للقواعد العامة للمسؤولية التقصيرية بالنسبة للأضرار التي تصيب رب العمل بسبب دم البناء بعد انقضاء مدة الضمان العشري؟ إذ تعرض رب العمل لضرر عن عملية التشييد ، فانه له الحق في مسائلة القائمين بعملية التشييد ، سواء المهندس المعماري أو المقاول ، وذلك على أساس العقد<sup>(1)</sup> بينما نجد التطبيق المبسط لفكرة المسؤولية العشرية ، تجعل كل من المقاول و المهندس المعماري في منأى عن أية مسؤولية تجاه رب العمل كما يمكن أن يحدث في البناء من دم بعد انقضاء مدة الضمان العشري ، وذلك أن دم الحاصل بعد هذه المدة ، لا يعد سببا كافيا لقيام المسؤولية المدنية للمقاول و المهندس المعماري ، ولو كان التهدم راجعا إلى خطأ هذا الأخير في عملية التشييد ، وفي هذا الصدد يرى جانب من الفقه المصري براءة المقاول و المهندس المعماري اتجاه رب العمل بمجرد إنقضاء مدة الضمان عما يحدث من دم في البناء ، و لو تبين في جانبهما الخطأ .

غير أن غالبية الفقه و القضاء الفرنسيين " يناديان بضرورة استبعاد المسؤولية العشرية على المستفيدين لفائدة المسؤولية التقصيرية، وذلك في حالة استعمال المقاول و المهندس طرق احتيالية كالغش من أجل اخفاء عيوب البناء " كما أن لرب العمل الاستناد لأحكام المسؤولية التقصيرية، عند رجوعه على المهندس المعماري بناء على فكرة الحلول محل الغير المضور في المطالبة بالتعويض ، كما أن له الحق في المطالبة المقاول و المهندس تقصيريا بتعويض الأضرار التي لحقت من جراء اخطاء تابعة.

(1) - Saint-Alary (REGER) , Droit de construction , 8<sup>eme</sup> edition , Dalloz 2006, Paris , p158.

أولاً: حالة الغش أو التدليس

يجوز لرب العمل الرجوع على المقاول و المهندس المعماري بالتعويض استنادا لقواعد المسؤولية التقصيرية و ذلك في حالة الغش أو التدليس الصادر من هذا الأخير استنادا إلى فكرة نفاذها أن الغش الذي يصدر عن المقاول و المهندس المعماري في مواجهة رب العمل بمناسبة تنفيذ التزاماته التعاقدية، يعتبر في نظر القضاء "خطأ خارج عن نطاق العقد" و من ثم يأخذ الطابع التقصيري و من شأنه تحريك قواعد المسؤولية التقصيرية الواردة في نص المادة 1382 من القانون المدني الفرنسي ، و المقابلة لنص المادة 124 ق.م.ج كاستعمال المهندس المعماري طرقا احتيالية لحمل رب العمل على قبول البناء لمواصفات غير مطابقة للمواصفات المتفق عليها أو أنه اخفى عيوبها ظاهرة بالبناء خداعا منه ، فإذا لم يكتشفها رب العمل خلال مدة الضمان العشري ، فإنه باستطاعة رب العمل اللجوء إلى احكام المسؤولية التقصيرية<sup>(1)</sup>.

و حسب هذا القضاء يجوز لرب العمل الرجوع على المقاول و المهندس المعماري وفقا لقواعد المسؤولية التقصيرية، كما في حال تخلف شروط المسؤولية العشرية ، فإن غش المقاول أو المهندس المعماري أو تدليسه من شأنه أن يجرمه من الاستفادة لمدة التقادم المنصوص عليها في المادة 1792 ق.م.فرنسي ، و المقابلة لنص المادة 554 ق.م.

و يستند القضاء في احكامه إلى أن التدليس يمثل خطأ خارج عن نطاق عقد المقولة و يعتبره خطأ ذات طابع تقصيري يدخل في نطاق تطبيق المسؤولية التقصيرية كما أن القضاء الفرنسي يفرق بين التدليس و الخطأ الجسيم ، حيث يعتبر خطأ المهندس المعماري في حالة الخطأ الجسيم طبقا لأحكام المسؤولية التقصيرية ، بل الرجوع عليه وفقا لقواعد الضمان العشري<sup>(2)</sup>. لكن المشرع الجزائري اعتنق موقفا مغايرا إذا سوى بين الخطأ الجسيم و الغش و التدليس، وهو ما يستشف من نص المادة 2/172 ق.م.ج " و على كل حال يبقى المدين مسؤولا عن غشه أو خطأه الجسيم".

وفي اعتقادنا أن افتراض المشرع سوء النية في مرتكب الخطأ الجسيم هو ما جعله يسوى بين الخطأ الجسيم والتدليس. و يكفي لقيام حالة الغش التي تميز الرجوع بالمسؤولية التقصيرية، أن يتعمد المعماري سوء الصنعة مع علمه بذلك ، عن طريق استخدامه مواد غير صالحة للبناء أو الانقاص في الكمية مع علمه بان ذلك سيؤدي عاجلا أو أجلا إلى إحداث الضرر في البناء و عادة ما يلجأ المعماري إلى الغش من أجل اختصار تكاليف المقاول و يتم ذلك عن طريق اختصار الوقت و الأيدي العاملة و كلفة مواد البناء و الآلات و الاجهزة المستخدمة فاختصار الوقت يتم باختصار سمك الجدران و عمق الاساس و الاقتصار في المصروف على الايدي العاملة ، يتم باستخدام الأيدي العاملة غير

(1) - د.عبد اللطيف الحبشي ، المسؤولية عن الأخطاء المهنية ، الشركة العالمية للكتاب ، لبنان ، 1987م ، ص 295.

(2) - د. عبد اللطيف الحسني ، المرجع السابق ، ص 296.

الماهرة و لساعات عمل أكثر، أما تقليل كلفة مواد البناء فيتم بإضافة مواد أخرى غريبة إلى طبيعة المادة المستحثة (1) و المثال الشاهد على ذلك هو ما حدث في ولاية بومرداس شرق العاصمة بتاريخ 21 ماي 2003 ، اثر زلزال غير متوقع و الذي بلغت شدته 6.7 درجات على مقياس ريشر ، حيث خلق هذا الزلزال أضرار أو خسائر فادحة في الأرواح و الأموال (2) إذا امارت البناءات بشكل غريب و تساقطت الطوابق على بعضها البعض كالورق ، بل أن الكثير منها امارت في الثواني الأولى من الزلزال مما يدل على أن المصمم لم تخضع لمعايير البناء ضد الزلزال (3) و غشها البائن الأمر الذي دفع السلطات المختصة بالتحقيق في الأمر ، وفعلا أثبتت تقارير خبراء الزلزال و اخصائيو مواد البناء أن العمل البشري كان مسؤولا عن اضرار مئآت الشقق التي أدت غالبية المشاريع التي تأثرت بالهزة كان ينقصها حسن الادارة كما اعتبر التدليس في مواد البناء و رداءة الهندسة المعمارية و عزم كفاءة المتابعة و المراقبة من اصحاب المشاريع و مكتب الدراسات و هيئة المراقبة التقنية سببا في وقوع تلك المأساة.

كما يتحقق التدليس إما بالأعمال المادية أو المعنوية ، كأن يقلل المهندس المعماري أو المقاول من جسامه العيب و خطورته في نظر رب العمل ، و بالتالي يجوز لهذا الأخير الرجوع عليه بأحكام المسؤولية التقصيرية و حتى بعد إقضاء مدة الضمان العشري.

و كما رأينا سابقا، فان رب العمل ليس بحاجة إلى اثبات الغش، إذا كان العيب المخفى غشا قد ظهر أثناء فترة الضمان و باشر رب العمل خلال ذات الفترة طبقا للقانون الفرنسي (المادة 2270 ق.م. ف) دعواه خلال ثلاث سنوات من وقت انكشاف العيب، و طبقا لنص المادة 557 ق.م. ج .

أما اذا ظهر هذا العيب او قد ظهرت اثاره بعد إنقضاء مدة الضمان ، فهنا يتوقف حقه في الرجوع على المهندس او المقاول بضمن هذا العيب على مدى قدرته على اثبات ان غشا قد تم، أو طرقا احتمالية ، قد أتخذت من جانب المهندس المعماري أو المقاول أو كليهما جعلته يتسلم العمل دون أن يكتشف إلى ما به من عيب طبقا لقواعد المسؤولية التقصيرية (4).

(1) - د. حامد قشقوش ، المسؤولية المدنية للمهندس و المقاول عن عدم مراعاة الاصول الفنية في البناء ، الطبعة الثانية ، دار النهضة العربية ، مصر ، 1996، ص 61.

(2) - تسبب الزلزال بوفاة 2779 شخص و اصابة 8626 آخرين ، و الحق اضرار بالغة 890 مملوك للدولة 82581 منزلا إمارا منها 9467 بشكل كامل انظر أكثر « ar wikipedia » http://www.elkhabar.com/wtp

(3) - حيث انه بعد الزلزال الشلف ، وضعت بعض القوانين التي تفرض على المقاولين اتباع المعايير الخاصة بالبناء في مناطق الزلزال.

(4) - د. عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق، ج7 ، ص 386.

ثانيا : مجانية الخدمة المقدمة من المقاول أو المهندس المعماري

حتى تقوم مسؤولية المقاول و المهندس المعماري العقدية ، لابد من وجود عقد مقابله بين رب العمل و المقاول أو المهندس المعماري ، كما أن خضوع المقاول و المهندس المعماري للضمان العشري يلتزم بتوافر شروط أخرى<sup>(1)</sup> .

يعني ذلك ان الخطأ الذي يرتكبه المهندس أو المقاول في اطار علاقته برب العمل لا تتوافر فيها أركان و خصائص عقد المقابله ، و بالتالي لا تقوم المسؤولية العقدية و لا الضمان العشري حتى لو اتصل هذا الخطأ بعملية التشديد و في هذا الغرض تقوم المسؤولية التقصيرية طبقا للقواعد العامة .

لقد عرف المشرع الجزائري عقد المقابله في نص المادة 549 ق.م.ج : " المقابله عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئا أو أن يؤدي عملا مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الاخر" ، فإنه يظهر لنا جليا أنه اعتبر عنصر الأجر أحد الأركان الأساسية لهذا العقد لا يقوم بدونه ، فاذا ما قدم المقاول او المهندس خدمته لرب العمل مجانا ، فان خطأه في هذا الشأن لا يمكن أن يعمل الا بمسؤولية تقصيرية<sup>2</sup> . ففي دعوى تتعلق بمقاول كان قد وضع با ان التصميمات لإقامة بناء عهد رب العمل بتنفيذها إلى مقاول اخر ، و تبين بعد ذلك ان كانت تصميمات معية ومن ثم كانت هي السبب في الخلل الذي ظهر في البناء - أيدت محكمة النقض الفرنسية بدورها حكم الإستئناف الذي قضى بمسؤولية هذا المقاول تقصيريا في مواجهة رب العمل ، عن خطئه المتميز في التصميم ، و الذي رفض دفع هذا المقاول بأن " مسؤولية المصمم لا يمكن أن تتعين الا في إطار عقد المقابله وجوهه انه اتفقا بمقابل ، وهو ما يعدم في وجود مجرد خدمة قدمت مجانا<sup>(3)</sup> " .

(1) - د. شكري سرور ، المسؤولية المدنية لمهندسي و مقاولي البناء و المنشآت الثابتة الاخرى (دراسة مقارنة ) القانون المدني المصري و القانون المدني الفرنسي ، دار الفكر العربي ، القاهرة 1985 ، ص 43 .  
2د شكري سرور ، المرجع السابق ، ص 432 .  
(3) - د. شكري سرور ، المرجع السابق ، ص 432 .

ثالثا: المسؤولية عن الاضرار التي تصيب رب العمل في جسمه أو في أمواله التي لا صلة لها

#### بعملية البناء .

في أغلب الأحوال يكون رب العمل متواجد دائما بموقع العمل، الأمر الذي يزيد من احتمال تعرضه لإصابة في موقع العمل، ينتج عنها أضرار تصيب ممتلكاته التي لا صلة لها بعملية البناء كسقوط حجارة أو أشياء صلبة تتلف سيارته كما قد يتعرض في شخصه بأضرار جسدية كان يسقط عليه شيء من ادوات العمل أو عدم سيطرة العامل على أحد الآلات التي بين يديه.

إن غالبية الاضرار التي تلحق رب العمل تكون اثناء فترة التنفيذ إلا أن ذلك لا ينفي أن تبرز اهمية الالتزام بالسلامة اذا ما تعلق الأمر بالأضرار الجسدية .

انكار الالتزام العقدي بسلامة رب العمل في الفترة السابقة على تسليم : ينكر القضاء الفرنسي وجود التزام يقي بسلامة رب العمل ناتج على عقد المقاولة في الفترة السابقة على تسليم الأعمال ، و من ثم يؤسس الحكم بالتعويض عن الضرر الذي يلحق رب العمل في شخصه بسبب عملية التشديد على قواعد المسؤولية التقصيرية<sup>(1)</sup>، تلك التي تستند إلى خطأ واجب الإثبات في جانب المعماري ، أو قد تكون مسؤولية مفترضة ، وذلك حسب الاحوال التي يقع فيها الضرر وحسب الشخص المسؤول .

و تطبيقا لهذا الاتجاه الغالب ، قضت محكمة النقض الفرنسية بان " الضرر الذي يصيب رب العمل في شخصه لا يمكن ان يكون ناتجا عن اخلال بتنفيذ لزام عقدي ، و من ثم يتعين إعمال قواعد المسؤولية التقصيرية<sup>(2)</sup> .

#### رابعا : رجوع رب العمل بدعوى الحلول :

قد يلزم رب العمل بوصفه مالكا بمفهوم نص المادة 2/140 ق.م.ج والمقابلة لنص المادة 1386 ق.م.ج بتعويض الغير المتضرر من ضرر بسبب دم البناء بدلا من المسؤول الحقيقي الذي غالبا ما يكون المقاول أو المهندس المعماري و الذي ينسب عادة إلى خطئه العيب الموجود في البناء مصدر الضرر.

فيجيز القضاء الغالب في فرنسا لرب العمل سلوك طريق دعوى المسؤولية التقصيرية عن طريق حلولة محل الغير المضرو ر في دعواه ضد المسؤول الحقيقي عن دم البناء.

و تقبل محكمة النقض الفرنسية دعوى رجوع رب العمل بالتعويض الذي ألزم بدفعه للغير المضرو ر على المقاول أو المهندس المعماري بوصفه المسؤول الحقيقي و تستند في ذلك على فكرة الحلول و يجب أن يكون رجوع رب العمل على المهندس المعماري أو المقاول مؤسسا حسب محكمة النقض الفرنسية على المسؤولية التقصيرية لهذا الأخير<sup>(3)</sup> .

(1) - د. شكري سرور ، المرجع السابق ، ص 434.

(2) - د. شكري سرور ، المرجع السابق ، ص 436.

(3) - انظر هذا المعنى ، د عبد اللطيف الحسيني ، المرجع السابق ، ص 297.

فيمكن لرب العمل حلول محل المضرور أن يحصل على ما دفعه من تعويض و ذلك حتى و لو كان رجوعه على المعماري بعد انقضاء المدة القانونية على استلام العمل المعماري<sup>(1)</sup>، إذ لا يجوز للمهندس المعماري أو المقاول المدعى عليه دفع الدعوى التقصيرية بحجة مضي مدة العشر سنوات على استلام البناء، لأن رب العمل يجل محل المتضرر الذي لو ادعى مباشرة على المهندس المعماري و المقاول لما أمكنا لهما الدفع ، إذ ، لإن مسؤوليا ما تجاهه هي تقصيرية.

و للقاضي كذلك سلطة الحكم بالتعويض المناسب، فقد يحكم بتعويض عيني أي الزام الجار بإزالة المضار كوضع عوازل للصوت أو الأتربة أو الامتناع عن العمل خلال اوقات معينة كأوقات النوم مثلا ، وقد يحكم القاضي بالتعويض النقدي ، و خاصة كما مضى من أضرار.

و يرى الدكتور محمد حسين منصور كذلك " أما الأضرار الناجمة عن اتخاذ قرار البناء في ذاته و ما قد ينطوي عليه من مخالفة لقوانين العمران، فانه لا شك فيه أن المسؤولية المالك هي التي تطرح و ذلك كحرمان الجيران من الشمس و الضوء او الانتفاع الطبيعي بأموالهم الا ان مسؤولية المهندس أو المقاول يمكن ان تثور في مواجهة المالك في هذه الحالة كذلك اذا كانوا لم يثيروا انتباه المالك إلى مثل تلك النتائج الذي يكون هو المسؤول الحقيقي عن الخطأ ( العيب) الموجود في البناء مصدر الضرر، و بالتالي إذا ما تعرض الغير بضرر نشأ عن عيب في عملية تشييد البناء فان له الحق في الرجوع على مالك البناء بالتعويض عن الاضرار التي لحقتة طبقا لقواعد المسؤولية التقصيرية ، و لهذا الاخير الرجوع بما دفعه للغير على المقاول أو المهندس المعماري ، لمدة عشر سنوات، طبقا للمسؤولية العشرية، ولكن إذا انقضت هذه المدة، فإن القضاء يعطيه حق الرجوع على المقاول أو المهندس المعماري بما دفعه طبقا لأحكام المسؤولية التقصيرية ، كما يبرر القضاء موقفه بأن المالك يجل محل المضرور في هذه المطالبة، و كما أن مسؤولية المهندس المعماري أو المقاول تجاه الغير المضرور هي تقصيرية فباستعمال رب العمل في رجوعه على المقاول و المهندس المعماري ، فهو في الحقيقة يستعمل حق الغير المتضرر و يجل محله في اقامة دعوى المسؤولية التقصيرية<sup>(2)</sup>.

وعليه تتحقق المسؤولية التقصيرية للمقاول و المهندس المعماري اتجاه رب العمل رغم انقضاء مدة عشر سنوات عن طريق دعوى الحلول محل الغير المتضرر و على رب العمل ان يسلك ما يسلكه الغير المضرور في حالة رجوعه مباشرة على المقاول او المهندس المعماري عند تأسيس لدعواه وفقا لقواعد المسؤولية التقصيرية من وجوب إثبات العيب في عملية البناء أدى إلى دمه ، كما له كذلك أن يثبت السببية بين الخطأ و الضرر اللاحق بالغير المضرور، و لا

(1) - و يقصد ما مدة الضمان طبقا لنص المادة 554 ق.م.ج و التي هي عشر سنوات من تاريخ تسليم العمل.

(2) - د. عبد اللطيف الحسيني ، المرجع السابق ، ص 297.

يستطيع رب العمل أثناء حلوله محل الغير أن يطالب بإصلاح العيوب التي اكتشفها في البناء لأن الغير المضرور الذي يحل محله ، لا صفة له في المطالبة بذلك ، لذا يقتصر حقه في المطالبة باستيراد ما دفعه من تعويض للغير المضرور (4) .

### الفرع الثاني : نطاق مسؤولية التقصيرية المقاول و المهندس المعماري عن فعل العمال و الفنيين:

إن الأضرار الناجمة عن أعمال البناء أو التشييد قد تصيب العمال و الفنيين من جهة كما قد تصيب القائمين على تلك الاعمال كالمقاول أو المهندس من جهة أخرى ، فالعمال و الفنيون تربطهم عقود عمل مع المهندس أو المقاول .

بينما المقاول و المهندس المعماري يرتبط بعقد مقاوله مع رب العمل ، إلا أنه لا تقوم علاقة تعاقدية في مواجهة بعضهم البعض (أي بين المقاول و المهندس المعماري) مما يسمح باعتبارهم من الغير و بالتالي تطبق أحكام المسؤولية التقصيرية عليهم ، بالإضافة إلى ذلك فإن كل منهم يستطيع الاستناد إلى أحكام المسؤولية التقصيرية في حالة الخطأ المشترك بينهم فالثابت طبقاً لمبدأ المسؤولية بالتضامن إذا تعدد المسؤولون عن عمل غير مشروع فإن المسؤولية تقسم بين المسؤولين في إحداث الضرر إلى حصص متساوية بين جميع أو بنسبة حصة كل منهم طبقاً لنص المادة 126 ق.م.ج.

وعلى هذا الأساس إن المضرور إذا ما رجع على المقاول أو المهندس المعماري بالتعويض فهذا الأخير بدوره يستطيع الرجوع على المسؤولين الآخرين معه كل بقدر نصيبه في تحمل الضرر ونفس الحكم إذا قام أي منهم بدفع التعويض لرب العمل استناداً إلى أحكام المسؤولية التقصيرية أو أحكام الضمان العشري كما سنرى لاحقاً.

### 3- أساس مسؤولية المقاول و المهندس عن أعمال تابعه :

يرى بعض الفقهاء أن مسؤولية المروع المبنية على خطأ مفترض افتراضاً قابلاً لإثبات العكس ، غير أن بعض الفقهاء يبينها على أساس تحمل التبعة ، وغيرهم يرى أن أساس هذه المسؤولية هو الضمان . إن المشرع الجزائري يقيم مسؤولية المتبوع عن الضرر الذي يحدثه تابعه للغير عن العمل غير المشروع على أساس الخطأ المفترض ( في جانب المتبوع ) ، افتراض لا يقبل إثبات العكس و السبب في ذلك يرجع لسوء اختياره لتابعه و تقصيره في مراقبته و اشرافه عليه ، طبقاً لنص المادة 136 ق.م.ج.

كما أنه لا يمكنه التخلص منها بإثباته قد اتخذ جميع الإحتياطات المعقولة في توجيه التابع (العمال أو الفنيون ) و الرقابة عليه ، فالخطأ يكون مفترض في جانبه ، افتراضاً لا يقبل إثبات العكس " إلا بنفي علاقة السببية بين خطئه

(1) - د. عبد اللطيف الحسيني ، المرجع السابق ، ص 297.

المفترض و الضرر اللاحق بالضرور ، بأن الضرر وقع بسبب لا يد له فيه ، كالقوة القاهرة ، أو الخطأ الغير ، أو خطأ المضرور .

إن المقاول أو المهندس له الحق في الرجوع على تابعه، لا على أساس أنه مسؤول معه ، بل لأنه مسؤول عنه ، و يستطيع المتبوع أن يرجع على التابع بالدعوى الشخصية المنصوص عليها في المادة 259 ق.م.ج : " إذا قام الغير بوفاء الدين ، كان له الحق الرجوع على المدين بقدر ما دفع " ، و تقابلها نص المادة 324 ق.م. مصري ، و التي ليست إلا تطبيقاً للقاعدة العامة في الحلول ، و لكن يجب على المتبوع (المقاول و المهندس المعماري) إذا أراد الرجوع على تابعه (العمال و الفنيون) أن يثبت خطأه ، و لا يمكنه الاستناد على الخطأ المفترض الذي يكون مقراً لمصلحة المضرور في علاقته بالتابع (1).

و ما تجدر الإشارة إليه أنه ليس هناك ما يمنع رب العمل بالرجوع مباشرة على العامل أو الفني طبقاً للقواعد العامة في المسؤولية التقصيرية " أي اثبات الخطأ في جانب المسؤول ، لكن في الواقع : أن رب العمل سيفضل بالتأكيد الرجوع على المهندس أو المقاول الأصلي بدعوى المسؤولية المتبوع عن أفعال تابع لأنه غالباً ما يكون المقاول و المهندسين أكثر يسراً و ملاءة من العمال و الفنيين طبقاً لنص المادة 12 من القانون 04/11 المتعلق بنشاط الترقية العقارية التي تنص : " يجب أن يبادر بالمشاريع العقارية المعدة للبيع و الإيجار ، محترفون يمتلكون المهارات في هذا المجال و القدرات المالية الكافية" (2).

(1) - د. حسن الدنون، المرجع السابق، ص370.

(2) - قانون رقم 11/04، المؤرخ في 17 فيفري 2011 الذي يحدد القواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية المنشور في ج.ر. عدد 14، الصادرة في 6 مارس 2011.

المطلب الثالث: نطاق المسؤولية التقصيرية للمقاول و المهندس المعماري تجاه الغير الاجنبي :

إن الأضرار الناجمة عن عملية البناء يمكن أن تصيب الأفراد العاملين في مجال البناء أو من لهم صلة به و لكنها يمكن أن تصيب كذلك الغير الأجنبي عن عملية البناء تماماً كالجيران و المارة .

الفرع الاول : رجوع المارة على المقاول و المهندس المعماري :

قد يصاب احد المارة من جراء عمليات البناء كأن يسقط عليه شيء مما يستخدم في تشييد البناء أو بسبب إحدى أدواته<sup>(1)</sup> و الضرر قد يصيب الغير في جسمه أو في ماله (كسيارة عابرة أو واقفة مثلا بالقرب من البناء) .

ففي حالة إذا ما فضل المضرور الرجوع على رب العمل بدلا من المقاول، ففي هذه الحالة ليس له أن يستفيد من نص المادة 2/140 ق.م.ج التي نصت على مسؤولية مالك البناء عن الضرر الذي يلحق بالغير بسبب دم البناء كليا أو جزئيا كما رأينا ، أن مالك البناء يكون مسؤولا وقت الحادث، و أن يكون قد سبب ضررا لحق بالغير ، هو فقدان البناء سواء كليا أو جزئيا ، و في حالة عدم توافر شروط تطبيق مسؤولية مالك البناء طبقا لنص المادة 2/140 ق.م.ج يستند المضرور ،في هذه الحالة على مسؤولية حارس الأشياء التي تتطلب عناية خاصة ، و بصفة خاصة الآلات الميكانيكية ، التي تزايد استعمالها في العصر الحديث في هذا المجال ، طبقا لنص المادة 2/138 ق.م.ج التي تنص : " كل من تولى حراسة شيء و كانت له قدرة الاستعمال و التسيير و الرقابة ، يعتبر مسؤولا عن الضرر الذي يحدثه ذلك الشيء " ، و بذلك يستطيع المضرور الرجوع على المقاول خاصة لأنه هو المسؤول في ذلك في اغلب الأحيان ، غير أن مسؤولية المهندس المعماري كذلك لا تنتفي إذا كانت هذه الآلات تحت حراسته أيضا .

و نرى أن الأشياء التي تستخدم في عمليات البناء، إن لم تكن خطرة بطبيعتها إلا أنها بحسب الظروف التي وضعت فيها فأما تصبح كذلك و يتطلب حراسة عناية خاصة طبقا للمادة 1/138 ق.م.ج. المقابلة لنص المادة 178 ق.م.ج ، و تلك المادة هي الأجر بالتطبيق عن غالبية الأضرار التي تنجم أثناء البناء و مصدر الضرر في غالب الحالات الآلات ، و الأشياء ، ضف إلى ذلك أنه من مصلحة المضرور الاستناد إلى المسؤولية الشيئية أفضل له من مسؤولية مسؤولية مالك البناء ( إذا توافرت شروطها ) ، لأن الخطأ في الأولى لا يقبل اثبات العكس أما الثانية ،

(1) - د. حسين منصور ، المرجع السابق ، ص 43.

فيستطيع مالك البناء أن يتخلص من المسؤولية بإثبات أن دم البناء غير راجع إلى إهمال في صيانة المبنى أو عيب فيه.

كما يستطيع المضرور كذلك المطالبة بالتعويض استناداً إلى احكام المسؤولية الشخصية طبقاً للمادة 124 ق.م.ج إذا لم تتوافر شروط تطبيق المسؤولية الشئئية (الآلات، الادوات) .

- وضع ما يكفل تنبيه المارة و منعهم من الاقتراب (خطأ المار المضرور):

يثور الإشكال في هذا الصدد ، حول الفرض الذي يكون فيه المقول أو المهندس المعماري ، قد اتخذ الاحتياطات اللازمة مدف منع اصابة الغير بإضرار ، كوضع اشارات ضوئية أو علامات أو لافتات لتحذير المارة بعدم إقتراب ، أو كقيامه باحاطة العملية بسور معين ، ومع ذلك يصاب الغير بأضرار معينة<sup>(1)</sup>، فهل يمكن في هذه الحالة الاحتجاج اذا الخطأ المضرور في هذه الحالة كسبب لإعفاء الحارس من المسؤولية أو تخفيفها.

إن المشرع الجزائري لم ينص على هذه الحالات ، غير أن المبدأ العام الذي استقر عليه القضاء المصري في هذا الصدد هو أن خطأ المضرور لا يرفع المسؤولية وإنما يخففها ، و لا يعفي المسؤول استناداً من هذا الأصل إلا إذا تبين ، من ظروف الحادث أن خطأ المضرور هو العامل الأول في احداث الضرر الذي اصابه و أنه بلغ من الجسامه بحيث يستغرق خطأ المسؤول .

لذلك تبقى السلطة التقديرية للقاضي ، في أن يقدر ما إذا كان سلوك الغير المضرور ( احد المارة ) يشكل خطأ أم لا ، بحيث يستغرق خطأ الحارس و يعفيه من مسؤولية أم يتقاسمها معه.

(1) - د. حسين منصور، المرجع السابق ، ص46.

الفرع الثاني : رجوع الجار على المقاتل و المهندس المعماري

قد تتعدد و تنوع المضار التي تصيب الجيران بسبب عملية البناء فقد تصيبه بإضرار ذات طابع مادي ( تلف الأموال ، دم المنازل أو تشرخها ، اصابات بدنية .....)، أو ذات طابع معنوي الازعاج بسبب الضجيج و الاتربة أو كحجب الرؤية و الحرمان من الضوء إلى غير ذلك إلا أن الرجوع المضور الذي هو الجار في هذه الحالة يكون بعدة طرق ، إما أن يرجع على المقاتل و المهندس المعماري طبقا للقواعد العامة في المسؤولية التقصيرية المبينة على أساس الخطأ الشخصي أو على أساس المسؤولية على حراسة الأشياء أو يرجع على المقاتل و المهندس المعماري على أساس نظرية مضار الجوار غير المألوفة.

البند 1): رجوع الجار على المقاتل و المهندس على أساس مضار الجوار الغير مألوفة :

أ- مفهوم مضار الجوار غير المألوفة :

قد يرتب الجوار مضار لا يستطيع الجار تحملها لا سيما في ظل التطور المتسارع في مجال العمران، حيث أصبحت مضايقات الجوار مشكلة متكررة في الحياة اليومية بين الجيران لتشكل بذلك نزاعات على مستوى المحاكم في إطار ما يسمى مضار الجوار غير المألوفة طبقا لنص المادة 2/691 ق.م.ج التي تنص على أن: "... ليس للجار أن يرجع على جاره في مضار الجوار المألوفة ، غير أنه يجوز له أن يطلب إزالة هذه المضار إذا تجاوزت الحد المألوف و على القاضي أن يراعي في ذلك العرف و طبيعة العقارات و موقع كل منهما بالنسبة إلى الآخرين و الغرض الذي خصصت له" .

إن المشرع الجزائري لم يعطي تعريفا لمفهوم مضار الجوار غير المألوفة، و اكتفى بتنظيم التزامات الجوار دون تحديد لعلاقة الجوار مما يستلزم الرجوع إلى الفقه.

فيعرفه الفقه من حيث مدى تلاصق الذي يتحقق به الجوار حيث عرفه البعض بأنه : "النطاق أو الحيز المكاني و الجغرافي الذي يتجاوز فيه الأشخاص و الأموال أيا كانت طبيعتها وسواء كانت متلاصقة أم غير متلاصقة ، و الذي يتحدد بالمدى الذي يمكن أن يصل إليه أذى الأنشطة المجاورة و الذي يختلف تبعا لذلك من حالة إلى اخرى بحسب هذه الأنشطة .

من خلال نص المادة 691 ق.م.ج ، نلاحظ أن المشرع الجزائري قد اشترط لقيام المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة أن تتوفر صفة المالك بقوله "يجب على المالك ألا يتعسف في استعمال حقه....." غير أن جانب كبير من الفقه و القضاء الفرنسيين ذهب إلى القول بأن نظرية مضار الجوار غير المألوفة لا ترتبط بفكرة

الملكية . فشخص الجار لا يرتبط بفكرة الملكية ، بل يكفي أن يشغل الشخص عينا معينة ، و أن يسبب أضرار غير عادية للجيران .

ولهذا فإننا نرى بأن المشرع الجزائري ، لم يكن موقفا عندما اشترط صفة المالك لقيام المسؤولية عن مزار الجوار الغير مألوفة ، فإذا أخذنا بمنطق المشرع الجزائري ، ففي هذه الحالة قد تنتفي مسؤولية مستأجر العقار أو شاغله عما يحدثه من أضرار بجاره ، الذي يكون قد يكون هو الآخر مالكا أو مستأجرا.

إن المقاول و المهندس المعماري أثناء تأديته لوظيفته و قيامه بالتزامه المتمثل في تشييد البناء بموجب عقد مقاوله مع رب العمل، غالبا ما يؤدي عند القيام أو إنجاز العمل، بمزار غير مألوفة تتمثل في ضوضاء شديدة نتيجة استخدام الآلات و معدات حديثة و في الأتربة الضارة التي تلحق بالجيران اضرارا، ولقد ثار جدل فقهي فيما إذا كان للمقاول صفة الجار حتى يسأل وفقا لقواعد المسؤولية الناشئة عن مزار الجوار غير مألوفة ، و على ذلك الاختلاف إنقسم الفقه و القضاء إلى اتجاهين:

**الاتجاه الأول :** يرى إمكانية الرجوع على المقاول وفقا لقواعد المسؤولية التقصيرية و على رب العمل وفقا لقواعد مزار الجوار أو الرجوع عليهما الاثنان على سبيل التضامن لأن رب العمل هو الذي يملك مبادرة البناء و من ثم هو الذي يعتبر الفاعل الحقيقي للمزار غير المألوفة ، وهذا الاتجاه في الحقيقة الأمر يكرس المفهوم الضيق لفكرة الجوار.

**الاتجاه الثاني :** يرى الاتجاه ضرورة اضافة صفة الجار على المقاول و المهندس المعماري ، و ليس على صاحب العمل لأن المقاول هو مصدر المزار غير المألوفة بخلاف بعض الفقهاء الذين يرون إمكانية فرض عبء التعويض عن الأضرار الناتجة عن مزار غير المألوفة على المقاول، مادام أن المقاول هو مصدر الضرر . و مما سبق يتضح لنا أن فكرة الجار لا ترتبط بفكرة الملكية ، بل يكفي أن يشغل الشخص عينا معينة و أن يسبب اضرار غير عادية للجيران .

ولهذا نرى بأن المشرع الجزائري لم يكن موقفا عند اشتراط صفة المالك لقيام المسؤولية عن مزار الجوار غير المألوفة، فإذا أخذنا بمنطق المشرع الجزائري ، قد تنتفي مسؤولية المستأجر لعقار أو شاغله عما يحدث من اضرار بجاره الذي قد يكون هو الآخر مالكا أو مستأجرا .

### ب) - أنواع مزار الجوار

لابد من تحديد ماهية مزار الجوار التي يعتد بها لتمكين المضرور من الحصول على التعويض.

**1) المزار المألوفة :** لقد عرفه بعض الفقهاء على أنه " الضرر الذي من المعتاد أن يتحملة الجيران في منطقة معينة ووقت معين، و عرفه آخرون على أنه: الضرر الذي جرت العادة على تحمله" من خلال هذه التعاريف نلاحظ أن المزار المألوفة بالضرر، فهل مصطلح المزار مرادف للضرر ام هناك اختلاف بينهما؟

إن الضرر هو الأذى الذي يصيب الإنسان في نفسه أو ماله أو عرضه أو عاطفته، وهو يكون نتيجة مباشرة للمضار أو المضايقات التي يحدثها الجار ، ومن ثم يتبين لنا أن المضار هي السبب وراء وقوع الضرر ، فمثلا الضوضاء تعتبر من قبيل المضار التي تسبب ضررا للناس يتمثل في اطلاق راحة الناس.

## 2) المضار غير المألوفة : من خلال نص المادة 2/691 ق.م.ج المشرع الجزائري لم يعطي تعريف

للمضار غير المألوفة ، الأمر الذي يحتم علينا الرجوع إلى التعريفات الفقهية فقد عرفه البعض على أنه : ما يترتب عليه وهن البناء أو هدمه حتى لا يستطيع معه الجار إلا انتفاع بداره <sup>(1)</sup> ، وعرف كذلك بأنه : "الضرر الذي جاوز المضار العادية للجوار" ، و عرف كذلك بأنه : " الضرر الذي يمثل اعتداء على الحق".  
و من ثم فإن الضرر غير المألوف ، هو معيار موضوعي بحيث إذا تجاوز حد المألوفية ، و يرجع تحديده طبقا لنص المادة 2/691 ق.م.ج إلى اعتبارات مختلفة هي العرف ، طبيعة العقار، موقع كل منهما بالنسبة الأخر و الغرض الذي خصص له <sup>(2)</sup>.

## ج- موقف المشرع الجزائري من أساس المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة :

تقوم المسؤولية عن مضار الجوار غير مألوفة في القانون الجزائري على أساس التعسف في استعمال الحق، بشرط أن يكون الضرر غير مألوف ، طبقا لنص المادة 2/691 ق.م.ج كما أنه تقام المسؤولية على معيار تجاوز ما تجرى عليه العادة و العرف طبقا لنص المادة 2/691 ق.م.ج.

رغم أن النظرية التعسف في استعمال الحق تعتبر أساس للمسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة عند غالبية الفقهاء، إلا أن هذا لم يمنع من رفض بعض الفقهاء على أساس أن مفهوم التعسف في استعمال الحق هو مفهوم متغير وواسع لا يمكن ضبطه و تحديده الأمر الذي يجعل اعتماده كأساس للمسؤولية أمرا صعبا <sup>(3)</sup>.  
كما أن نظرية التعسف في استعمال الحق هي نظرية واسعة لا يمكن أن تكون شرط لقيام مسؤولية المالك عن مضار الجوار غير المألوفة ، بل يمكن اعتبارها مجرد تطبيق لنظرية تعسف في استعمال الحق و أن التعسف في استعمال الحق له معايير ثابتة حددها المشرع و حصرها في ثلاثة حالات في نص المادة 124 مكرر <sup>(4)</sup>.

(1) - د. حسن كيرة ، الموجز في أحكام القانون المدني ، الحقوق العينية الاصلية ، الطبعة الرابعة ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، مصر ، سنة 1998 ، ص 39.

(2) - د. عز الدين الديناصوري ، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه القضاء. الجزء 01 منشأة المعارف. الإسكندرية. مصر. سنة 2004. ص 275.

(3) - د. مروان كساب، المسؤولية عن مدار الجوار، الطبعة الأولى، طباعة جون كلود انطوان الحلو، لبنان، ص 50.

(4) - زارة عواطف ، مسؤولية مالك العقار عن مضار الجوار غير مألوفة ، رسالة دكتوراه في العلوم القانونية ، جامعة باتنة ، ص 260.

غير أن المشرع باشتراطه التعسف في استعمال حق الملكية لقيام المسؤولية يبدو أنه يمنع التعسف في استعمال حق الملكية فقط في حال إذا ترتب عن مضار الجوار غير المألوفة عن ذلك التعسف ، و في المقابل ذلك يظهر المشرع و كأنه يرحص التعسف في استعمال هذا الحق في حال ترتب مضار مألوفة ( بمعنى أن المالك إذا تعسف في استعمال ملكية دون أن يتسبب ضررا غير مألوف لجاره فهو غير مسؤول عن فعله رغم تعسفه ، وهو مفهوم مناف تماما لنظرية التعسف في استعمال الحق الذي يعد فعلا ممنوعا قانونا)

إن للمالك بموجب حق التصرف ثلاثة سلطات يخو لها له حق الملكية فإذا ما ترتب على تصرفه هذا ضرر غير مألوف قامت مسؤوليته ( مضار الجوار غير المألوف ) و لزم بالتعويض ، وهنا يبرز دور الضرر في قيام المسؤولية الأمر الذي يؤدي بنا إلى القول أن الضرر يعتبر فعلا أساس لقيام المسؤولية ، و لذا نؤيد مع بعض شرح الى اسناد نظرية الجوار غير مألوفة على نظرية تحمل التبعة .

إن فكرة التعسف تحمل معنى قصد الإضرار أو الإهمال أو التقصير سواء تحقق ذلك بمجرد اثبات الفعل المادي في ذاته أو اقترن بالنية أو بمجرد الإهمال<sup>(1)</sup> .

بينما إذا تعلق الأمر بمضار الجوار غير مألوفة رغم اتخاذ المالك جميع الاحتياطات اللازمة لتجنب الضرر ، و باستعمال المالك لحقه في حدوده المشروعة مستهدفا مصلحة جدية غير تافهة ، فتقوم مسؤوليته من ترتب على استعماله ضرر غير مألوف<sup>(2)</sup> .

إن النص السابق لا يعتبر بوجه عام أساسا يمكن أن تبنى عليه نظرية الجوار غير المألوفة ، و إنما هو مصدرها و سند تشريعي يعتمد عليه<sup>(3)</sup> .

لهذا قد أشار بعض الفقهاء إلى أن نظرية المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة هي مسؤولية من نوع خاص ، لها كيانا المستقل عن غيرها من الأنواع الأخرى المسؤولية.

و في الأخير كما سبق و قلنا أننا صحيح كنا نتكلم عن مالك البناء بصدد مضار الجوار غير المألوفة ، و ذلك مسايرة للمصطلح الذي جاء به الشرع الجزائري في نص المادة 691 ق.م.ج غير أن المتعارف عليه عند الشراح أن هذه المسؤولية تقوم كذلك حتى بالنسبة للمقاول و المهندس المعماري<sup>(4)</sup>

(1) - وزارة عواطف ، المرجع السابق ، ص 263.

(2) - وزارة عواطف ، المرجع السابق ، ص 263.

(3) - د. ياسر الميناوي ، المسؤولية المدنية الناشئة عن تلوث البيئة ، دار الجامعة الجديدة ، الازايطة ، سنة 2008، ص 293.

(4) - وزارة عواطف ، المرجع السابق ، ص 263.

المطلب الرابع: نطاق المسؤولية التقصيرية للمقاول الفرعي (الباطن):

الفرع الاول: مفهوم المسؤولية التقصيرية للمقاول الفرعي تجاه رب العمل:

يوجد بعض الأشخاص من يشارك في عملية البناء ، بالرغم من عدم وجود عقد يربطهم برب العمل مباشرة لكنهم في الواقع يرمون عقودا مع أشخاص آخرين، ومن بين هؤلاء المتدخلين في هذه العملية هو المقاول الفرعي (الباطن)، الذي يساهم عادة في البناء على نحو ما ، بناءا على طلب من المقاول الأصلي بموجب عقد مقاوله من الباطن.

يكون المقاول الفرعي مسؤولا حسب القواعد العامة، مسؤولية تقصيرية نحو الغير المضرور تماما مثل المقاول الأصلي، ولا يكون هذا الأخير مسؤولا نحو الغير المضرور عن أخطاء المقاول الفرعي بوصفه متبوعا، وهو هذه الصفة يبقى المسؤول الوحيد نحو الغير المضرور عن الأضرار الناجمة عن الأخطاء التي يرتكبها في تنفيذ عقد المقاوله من الباطن. ويرى الفقه الغالب في فرنسا أن العلاقة بين المقاول الفرعي والمقاول الأصلي تخضع للقواعد العامة للمسؤولية التقصيرية.

أما في القانون الجزائري فلا يوجد نص يعرف المقاول الفرعي ولا عقد المقاوله الفرعية<sup>(1)</sup>.

بينما القانون الفرنسي، يعرف عقد المقاوله الفرعية في نص المادة الأولى من القانون 1334/75 المؤرخ في 1975/12/31 المتعلق بالمقاوله الفرعية إذ تنص هذه المادة: " المقاوله الفرعية في مفهوم هذا القانون، هي العملية التي بموجبها يعهد المقاول وتحت مسؤوليته إلى شخص آخر يدعى المقاول الفرعي، بتنفيذ كل أو جزء من عقد المقاوله أو صفقة عمومية مبرمة مع رب العمل".

وبالعودة إلى القانون الجزائري، نجد أن المقاول الأصلي وحتى يستطيع أن يعهد بتنفيذ العمل في جملته أو في جزء منه إلى مقاول آخر، ينبغي أن لا يوجد في العقد الذي يربطه برب العمل شرط يمنعه من ذلك، أو لا تكون طبيعة العمل تفترض الإعتماد على كفاءته الشخصية<sup>(2)</sup>.

ويستخلص من التعريف السابق أن المقاول الفرعي يعتبر أجنبيا في علاقته برب العمل، ومن ثم فلا يمكن أن تكون مسؤوليته إتجاه رب العمل إلا تقصيرية، لإنعدام العقد، ومن هنا فإن رب العمل يملك حق مباشرة دعوى المسؤولية التقصيرية.

ويترتب على هذا، عدم جواز مساءلة المقاول الأصلي عن أخطاء المقاول الفرعي سواء نحو الغير المضرور أو نحو رب العمل بإعتباره متبوعا، لأن المقاول الفرعي لا يعتبر تابعا للمقاول الأصلي.

(1) - بل عرف المقاوله بصفة عامة في نص المادة 549 ق. م.ج: " المقاوله عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئا أو أن يؤدي عملا مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر".

(2) - طبقا لنص المادة 564: " يجوز للمقاول أن يوكل تنفيذ العمل في جملته أو في جزء منه إلى مقاول فرعي".

الفرع الثاني : نطاق المسؤولية التقصيرية للمقاول الفرعي

البند 1): المسؤولية التقصيرية للمقاول الفرعي أمام المقاول الأصلي:

قد يرتكب المقاول من الباطن خطأ ليس له صلة بعقد المقاولة من الباطن، عند إذن يُسأل بموجب قواعد المسؤولية التقصيرية في مواجهة الغير المضرور من هذا الخطأ، فإذا كان نطاق المسؤولية العقدية يقتصر على الإخلال بالتزام عقدي، فإن المسؤولية التقصيرية تطبق عن لإخلال بالتزام آخر غير عقدي، ويترتب على ذلك أن كل ضرر يلحق بالمقاول الأصلي خارج إطار عقد المقاولة من الباطن يسأل عنه المقاول من الباطن، سواء تعلق الضرر بالمقاول الأصلي في شخصه أو ماله<sup>(1)</sup>.

وعليه فإذا كانت هناك مواد مملوكة للمقاول الأصلي وموجودة بالقرب من موقع العمل، ولكن هذه المواد لا تكون داخلية في نطاق العقد المبرم بين المقاول الأصلي والمقاول الفرعي (الباطن)، وبالتالي لم تُسلم لهذا الأخير كجزء من العمل، فإذا حدث وأصبحت هذه المواد بضرر بسبب أفعال قام بها المقاول من الباطن أو أحد تابعيه فإنه يُسأل عن هذا الضرر تقصيرياً<sup>(2)</sup> وهذا ما تؤكد عليه أحكام القضاء الفرنسي، من ذلك ما قضت به محكمة النقض الفرنسية حيث قررت "لما كان المقاول من الباطن غير مسؤول عقدياً عن المواد المجاورة لموقع العمل، ولما كان المولد الكهربائي يشكل جزءاً من موقع العمل لكونه لم يسلم للمقاول من الباطن لتنفيذ العمل لذا يسأل هذا الأخير عن الأضرار التي لحقت بالمولد الكهربائي نتيجة خطأ أحد تابعيه، مسؤولية تقصيرية"<sup>(3)</sup>.

كذلك يسأل المقاول من الباطن وفق قواعد المسؤولية التقصيرية عن الغش أو استعماله لطرق احتيالية من أجل إخفاء العيوب عن المقاول الأصلي، باعتبار أن الغش يعدل من طبيعة المسؤولية ويجولها من عقدية إلى تقصيرية إعمالاً بالقاعدة "الغش يفسد كل شيء"

فإذا ما أخفى المقاول من الباطن بطريق الغش عيوب الصنعة، ولم يستطع المقاول الأصلي كشفها، وقد تسلم الشيء أو تقبل العمل، فيبقى المقاول من الباطن مسؤولاً عن غشه وبمجرد اكتشاف هذه العيوب، فإن للمقاول الأصلي الحق

(1) - د. غازي أبو عرابي، المقاولة من الباطن، الطبعة الأولى، سنة 2009، دار واقل للنشر والتوزيع، الأردن، ص 163.

(2) - د. غازي أبو عرابي، المرجع السابق، ص 163.

(3) - civ. 24 fev1981. D. 1981. P. 560. Rev. Trim.dr.civ. 1982. P 145 obs. Durry.

في الرجوع على المفاوض من الباطن بالضمان، أي بإصلاح العيب مع التعويض أو الفسخ مع التعويض، لأن المفاوض من الباطن يكون مسؤولاً مسؤولية تقصيرية<sup>(1)</sup>.

وأيضاً يؤكد القضاء على أنه متى ثبت أن المفاوض من الباطن قد أدى العمل للمفاوض الأصلي با، فإن الخطأ الذي يصدر منه في تنفيذه للعمل لا يعد خطأ عقدياً، فلا يوجد بينه وبين المفاوض الأصلي عقد، ومن ثم فإن هذا الخطأ يعد خطأ تقصيرياً يترتب على عاتق مرتكبه مسؤولية تقصيرية<sup>(2)</sup>.

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض الفرنسية بأن التصميمات المعيبة التي وضعها مفاوض لإقامة بناء عهد رب العمل بتنفيذها إلى مفاوض آخر، وكانت هي السبب في الخلل الذي ظهر في البناء يسأل المفاوض تقصيرياً في مواجهة رب العمل عن خطئه في التصميم<sup>(3)</sup>.

### -البند 2: مسؤولية المفاوض الفرعي التقصيرية في مواجهة رب العمل:

إن المفاوض من الباطن لا يلتزم مباشرة بأحكام العقد الأصلي للمقابلة بحسبان أنه ليس طرفاً فيه، كما أنه لا يقع تحت طائلة المسؤولية العشرية، وإنما يعتبر كأبي شخص عليه واجب عام بإحترام حقوق رب العمل، ويسأل مسؤولية تقصيرية عن الإخلال بذلك الواجب<sup>(4)</sup>.

فإذا ما أصاب رب العمل ضرر أثناء تنفيذ عقد المقابلة نتج عن تدخل المفاوض من الباطن، في هذه الحالة يحق لرب العمل الرجوع على المفاوض الأصلي بدعوى المسؤولية طبقاً لنص المادة 2/564 ق.م. ج التي تنص: "...ولكن يبقى في هذه الحالة مسؤولاً عن المفاوض الفرعي تجاه رب العمل"، أو الرجوع على المفاوض من الباطن بالدعوى المسؤولية التقصيرية، فإنه لا يجوز لهذا الأخير أن يتمسك في مواجهته بأحكام عقد المقابلة من الباطن المبرم مع المفاوض الأصلي<sup>(5)</sup>، كما لو كان هذا العقد يتضمن شرطاً بإعفاء المفاوض من الباطن من المسؤولية عن أخطاء معينة أو التخفيف منها، فإن هذا الشرط لا يحتج به في مواجهة رب العمل، كما لا يستطيع المفاوض من الباطن دفع مسؤوليته التقصيرية بإثبات أنه نفذ عقده مع المفاوض الأصلي على نحو صحيح.

(1) - د. خالد أبو عرابي، المرجع السابق، ص 164.

(2) - د. خالد أبو عرابي، المرجع السابق، ص 164.

(3) - civ 12 janv 1987. R.D.I 1987. 351.

(4) - د. مصطفى الجارحي، عقد المقابلة في الشريعة الإسلامية والقانون، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة والقانون، القاهرة، 1989، ص 114.

(5) - د. مصطفى الجارحي، المرجع السابق، ص 114.

الفرع الثالث : جواز مطالبة المقاول الفرعي وعمال المقاول الأصلي لرب العمل بالأجر

مباشرة:

طبقا للقواعد العامة يحق للمقاول الفرعي بإعتباره دائئا للمقاول الأصلي أن يستعمل حق هذا الأخير في الرجوع على رب العمل عن طريق دعوى غير مباشرة يقيمها بإسم المقاول الأصلي وحسابه يطالبه فيها بالأجر المستحق له مقابل الأعمال المنجزة لكن هذه الدعوى لا تعطي للمقاول الفرعي أي أفضلية أو حق تتبع. وحتى إن ربحها فإن الحق المتحصل عليه يستقر في ذمة المقاول الأصلي ليدخل في الضمان العام ويستفيد منه كل دائني المقاول الأصلي ويتقاسمه المقاول الفرعي معهم قسمة غرماء، مما يضر حتما به. كما أن هناك خطر آخر يهدد حصول المقاول الفرعي على مستحقاته، وهو تصرف المقاول الأصلي في حقه لدى رب العمل قبل إقامة المقاول الفرعي للدعوى غير مباشرة أو أثناءها.

لهذه الأسباب رأى المشرع الجزائري مثله مثل باقي المشرعين من ضرورة منح المقاول الفرعي حماية قانونية خاصة تملئها اعتبارات انسانية والعدالة بسبب تعلق الحق المطالب به بالعمل الذي أنجزه.

فكان تدخل المشرع الجزائري بموجب المادة 565 من ق.م.ج ليقرر جملة من الحقوق للمقاول الفرعي ، وكذلك منحه حق الإمتياز في حالة ما إذا وقع حجز لأموال المقاول الأصلي بين يدي رب العمل، بالإضافة إلى ذلك جاءت الفقرة الثالثة من المادة 565 ق.م.ج. فوضعت حقوق للمقاول الفرعي مقدمة على حقوق من تنازل له المقاول الأصلي عن دينه الثابت في ذمة رب العمل، إذ منع سريان حوالة الحق في مواجهته ولو كان نفاذا سابقا على الإنذار بالوفاء أو على توقيع الحجز.

**البند 1): الحق في إقامة المفاوض الفرعي لدعوى مباشرة أمام رب العمل:**

طبقا لنص المادة 565 ق.م.ج، فإذا اسند المفاوض أعمال إلى المفاوض الفرعي، فإن لهذا الأخير الحق في إقامة دعوى مباشرة قبل رب العمل يستطيع بمقتضاها مطالبته بما هو مستحق له من أجر.

**أ- مفهوم الدعوى المباشرة:** يجمع الفقه أ ما: حق الدائن في استيفاء حقوقه مباشرة من مدين مدنيه الأصلي دون مزاحمة من باقي دائني هذا الأخير، يقيمه باسمه وحسابه الخاص مستأثرا وحده بشمارها.

إن الدعوى المباشرة تعطي نوعا من الإمتياز للدائن إذ تجنبه عسر مدينه ومزاحمة دائنيه، لهذا اعتبرت استثناء لمبدأ نسبية العقد ومبدأ المساواة بين الدائنين<sup>(1)</sup>، كما أن المشرع الجزائري لم يخص الدعوى المباشرة بنص عام مثل ما هو الحال بالنسبة للدعوى الغير مباشرة الواردة في نص المادة 189 ق.م.ج وقد حصر المشرع الجزائري الدعوى المباشرة في حالات معينة قررها القانون على سبل الحصر.

**ب- خصائص الدعوى المباشرة:**

إن للدعوى المباشرة خصائص نصت عليها المادة 565 ق.م.ج أهمها:

**أولاً- هي دعوى أصلية اختيارية:**

توصف الدعوى المباشرة بأ ما دعوى أصلية اختيارية، فهي لا تنطوي على تجديد لشخص المدين ، وإنما تمنح للمفاوض الفرعي مدينا اضافيا . فللمفاوض الفرعي الإختيار بين أن يتابع المفاوض الأصلي ، الذي هو مدينه المباشر على أساس عقد المفاوضة (إلتزام بدفع الأجر)، القائم بينهما، أو مقاضاة رب العمل استنادا لنص المادة 565 ق.م.ج، طالما أن المادة أعلاه لم تشترط صراحة لمباشرة وقبول الدعوى المباشرة ضد رب العمل، عجز المفاوض الأصلي عن الوفاء.

لهذا السبب تعتبر دعوى المفاوض الفرعي المباشرة ضد رب العمل دعوى أصلية، في القانون المدني الجزائري، بينما هي دعوى احتياطية في القانون الفرنسي، إذ تشترط لقبولها، عجز المفاوض الأصلي عن الوفاء للمفاوض ل الفرعي بعد مرور شهر من توجيه إنذار إليه.

كما أ ما توصف بأ ما دعوى مباشرة غير تامة، أي أ ما دعوى لا تجمدين المفاوض الأصلي بين يدي رب العمل لفائدة المفاوض الفرعي إلا من وقت رفعها، وهذا ما يستشف من نص المادة 565 بقولها "... حق مطالبة رب العمل بما لا يجاوز القدر الذي يكون مدينا به للمفاوض الأصلي وقت رفع الدعوى..."

(1) - د. علي فيلاي، الإلتزامات (النظرية العامة للعقد)، موفم للنشر، الجزائر، سنة 2001، ص 344.

ثانيا- دعوى مباشرة من النظام العام وليس لها أثر انقضائي:

لا يترتب على تقريرها أو رفعها انقضاء حق المقاول الفرعي لدى المقاول الأصلي، حتى ولو وفى رب العمل للمقاول الفرعي بجزء من الدين الذي في ذمته للمقاول الأصلي، فيحق للمقاول الفرعي الرجوع على المقاول الأصلي بما تبقى له من دين.

ج- أطراف الدعوى:

تقرر المادة 565 ق.م.ج والمقابلة لنص المادة 662 ق.م.مصري أن الدائنين الذين لهم الحق في

المطالبة هم المقاولون الفرعيين- عمال المقاول الفرعي، عمال المقاول الأصلي.

فالمقاول من الباطن يكون طرفا في المقابلة، وهو دائن يطالب في حدود الأجر المستحق له في ذمة المقاول الأصلي وما يتبع الأجر من نفقات وثمان مهمات وأدوات و فوائد<sup>(1)</sup>، والطرف الآخر في هذه المطالبة أي المدين، هو رب العمل ولا يطالبه المقاول الفرعي إلا بالقدر الذي يكون رب العمل مدينا به للمقاول الأصلي بموجب عقد المقابلة الأصلي وقت رفع الدعوى مباشرة عليه من المقاول الفرعي<sup>(2)</sup>، فإذا فرضنا أن المقاول الفرعي دائن للمقاول الأصلي بأربعمائة، وأن المقاول الأصلي دائن لرب العمل بخمسمائة، فإن المقاول الفرعي يطالب بموجب الدعوى المباشرة رب العمل بأربعمائة، أما إذا كان المقاول الأصلي دائنا لرب العمل بثلاثمائة، فإن المقاول الفرعي لا يطالب رب العمل إلا بثلاثمائة<sup>(3)</sup>.

(1) - د. فتيحة قرّة، المرجع السابق، ص 255-256.

(2) - د. فتيحة قرّة، المرجع السابق، ص 256.

(3) - د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ج7، ص 227-228.

د): نتائج الدعوى المباشرة:

نتطرق في هذه النقطة إلى نتائج الدعوى المباشرة على المقاول الأصلي (أولا) ثم نتائج الدعوى المباشرة على رب العمل (ثانيا):

أولا- نتائج الدعوى المباشرة على المقاول الأصلي:

- يستطيع المقاول الفرعي أن يستوفي دينه من المقاول الأصلي، وبذلك تبرأ ذمة رب العمل اتجاه المقاول الفرعي.
- إذا وفي رب العمل للمقاول الفرعي بالدين الذي في ذمته للمقاول الأصلي وكان هذا الدين أقل مما للمقاول الفرعي في ذمة المقاول الأصلي، حق للمقاول الفرعي الرجوع على المقاول الأصلي بما بقي مدينا به أو التقدم في تفيسته.
- يبقى المقاول الأصلي دائنا لرب العمل، لكنه لا يستطيع استيفاء حقه منه بعد رفع الدعوى المباشرة أو توجيه الإنذار بالدفع لرب العمل، ويكون مركزه أشبه بمركز المدين المحجوز عليه في حجز ما للمدين لدى الغير.

ثانيا- نتائج الدعوى المباشرة على رب العمل:

- إن أهم ما ينتج عن ممارسة الدعوى المباشرة على رب العمل تجميد الدين الذي عليه لصالح المقاول الأصلي من وقت رفعها، ليخصص لوفاء بحقوق رافعها.
- فقبل إقامة الدعوى أو توجيه الإنذار لرب العمل، يستطيع هذا الأخير أن يتصرف بكل حرية في هذا الدين، فيجوز له أن يوفي للمقاول الأصلي الدين أو بعضه وحتى لدائني المقاول الأصلي، وبذلك تبرأ ذمته.
- لكن بعد تاريخ إقامة الدعوى، أو الإنذار إليه، يمنع على رب العمل من الوفاء للمقاول الأصلي، بل يجب أن يكون الوفاء للمقاول الفرعي وحده حتى ولو كان دين معلقا على شرط أو مقترنا بأجل فيكون عندئذ ملزما بوفاء الدين للمقاول الفرعي بعد أن يتحقق الشرط أو يجل الأجل<sup>(4)</sup>.

**البند 2): حق الإمتياز في حالة توقيع الحجز:**

لقد رأينا أن المشرع الجزائري قد أعطى للمقاول الفرعي الحق في إقامة دعوى مباشرة ضد رب العمل من أجل مطالبته بالأجرة، إلا أنه لم يتوقف عند هذا الحق، فقد أقر له أيضا، حقا هو حق الإمتياز في حالة توقيع الحجز بين يدي رب العمل.

فطبقا للقواعد العامة إذ سلك المقاول الفرعي، الطريق العادي للتنفيذ في حجز ما للمدين لدى الغير فإنه لا يعطي لصاحبه مناعة أي أنه يحق لغيره من دائي المقاول الأصلي أن يسلك نفس الطريق ويوقع الحجز، وهذا الأمر لا يعني المقاول الفرعي من خطر مزاحمة باقي الدائنين.

لهذا السبب يبقى الحجز أقل فعالية من الدعوى المباشرة، كون هذه الأخيرة متى رفعت منعت البدء في الحجز أو حتى الإستمرار فيه إذا كان سابقا لها.

لهذا تدخل المشرع الجزائري لإضفاء حماية فعالة لصاحب المقاول الفرعية بإقراره لنص المادة 2/565 ق.م.ج التي تنص: "ولهم في حالة توقيع الحجز من أحدهم على ما تحت يد رب العمل أو المقاول الأصلي، امتياز على المبالغ المستحقة للمقاول الأصلي أو للمقاول الفرعي وقت توقيع الحجز، ويكون الإمتياز لكل منهم بنسبة حقه، ويجوز أداء هذه المبالغ إليهم مباشرة". ويترتب على هذه المادة ميزتان هما:

1- بمقتضى هذه المادة ثم منح حق الإمتياز للمقاول الفرعي في حالة توقيع الحجز على مما للمقاول من أموال لدى رب العمل.

2- بإمكان رب العمل أن يفي مباشرة للدائنين الحاجزين أصحاب الإمتياز دون اشتراط تحول هذا الحجز إلى حجز تنفيذي.

إن حق الإمتياز المنصوص عليه في المادة 2/565 ق.م.ج مشروط بضرورة توقيع الحجز، وهو طريق أفضل بكثير من طريق الدعوى المباشرة، فلو نفترض أن المشرع لم يعطي هذا الحق للمقاول الفرعي، وسبقه دائن آخر للمقاول الأصلي من غير أصحاب هذا الحق، وقام (هذا الأخير) بحجز ما على للمقاول الأصلي لدى رب العمل، ثم وفي له رب العمل بما في ذمته قبل أن يقيم المقاول الفرعي دعواه، ففي هذه يدخل المقاول الفرعي مع المقاول الأصلي في قسمة غرماء لكن بتقرير المشرع لحق الإمتياز للمقاول الفرعي يكون قد جنبه المزاحمة ومكنه من التقدم على دائن الحجز.

أ- أصحاب حق الإمتياز:

لقد نصت المادة 565 ق.م.ج على الأشخاص المستفيدون من حق الإمتياز، فهم نفس الأشخاص المستفيدين من الدعوى المباشرة، وهم المقاول الفرعي، عماله، وعمال المقاول الأصلي.

ب) نتائج استعمال حق الامتياز:

إن قبل توقيع الحجز من قبل المقاول الفرعي ضد رب العمل ، يستطيع هذا الأخير أن يوفي للمقاول الأصلي بكل الدين غير أنه إذا تم توقيع الحجز يجب عليه أن يفي أولاً بحقوق المقاولين الفرعيين و العمال مقدماً إياهم على سائر دائني المقاول الأصلي، حتى ولو كان هؤلاء هم من بادروا باتخاذ إجراءات الحجز أولاً .  
إن عبارة " يجوز إذا هذه المبالغ إليهم مباشرة " تفيد بأنه بإمكان رب العمل سداد مباشرة للمقاولين الفرعيين و عمالهم وكذلك عمال المقاول الأصلي ، دون إذن القضاء ، و بذلك تبرأ ذمة رب العمل اتجاه المقاول الأصلي .

ج- عدم نفاذ حواله الحق في حق المقاول الفرعي الحاجز :

تنص المادة 3/564 ق.م.ج على أنه : " حقوق المقاولين الفرعيين و العمال المقررة مقدمة على حقوق من تنازل له المقاول عن دينه قبل رب العمل " .

طبقاً لقواعد العامة " أن الحوالة تسري في حق المقاول الفرعي أو العامل إذا صارت نافذة في حق الغير ( بقبول المحال عليه أو بإعلانه) قبل إنذار رب العمل بالوفاء في حالة استعمال الدعوى المباشرة ، و قبل توقيع الحجز في حالة استعمال حق الامتياز<sup>(1)</sup> .

غير أن الفقرة التالية 564 ق.م.ج السابقة الذكر ، تنص أن الحوالة لا تسري في حق المقاول الفرعي أو عمال المقاول الفرعي ، ولو كان قد نفذها سابقاً على الإنذار بالوفاء أو على توقيع الحجز ، بل يقدم في جميع الأحوال حق المقاول الفرعي أو العامل ، على حقه المحال له<sup>(2)</sup> .

وفي الأخير تجدر الإشارة إلى نص المادة 1000 ق.م.ج التي تنص على أنه: " المبالغ المستحقة للمقاولين و المهندسين المعماريين الذين عهد إليهم بتشييد أبنية و منشآت أخرى أو إعادة تشييدها أو في

(1) - د. عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق، ج7 ، ص 233.

(2) - د. عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق، ج7 ، ص 234.

ترميمها أو صيانتها، يكون لها امتياز على هذه المنشآت و لكن بقدر ما يكون زائد بسبب هذه الأعمال في قيمة العقار وقت بيعه ...".

يرى بعض الفقه أن حق الامتياز المقرر في هذه المادة لا يثبت إلا للمقاولين و المهندسين المعماريين الذين قاموا بتشديد عقار أو ترميمه أو صيانتته بامتياز لضمان استفادهم المبالغ المستحقة لهم بسبب هذه الأعمال، أما من لم يتعاقد معهم مالك الأرض مقام عليها البناء أو مالك البناية محل الترميم أو الصيانة ، فلا يثبت لهم هذا الامتياز ، ونتيجة لذلك لا يحق للمقاول الفرعي الاستفادة من هذا الامتياز<sup>(1)</sup>.

في حين يرى بعض من الفقهاء عكس ذلك ، بدليل أن المشرع لم يجعل كل من المقاول الفرعي ورب العمل أجانب عن بعضهما ، بدليل أنه أقر للمقاول الفرعي حق مطالبة رب العمل مباشرة بما هو مستحق له في ذمة المقاول الأصلي و على هذا الأساس لا يوجد ما يمنع استفادة المقاول الفرعي من أحكام هذه المادة و الامتياز المقرر فيها بقدر الزيادة التي أحدثتها الأعمال التي أجزها في قيمة العقار<sup>(2)</sup>.

(1) - د. مصطفى الجارحي ، المرجع السابق ، ص 100.

(2) - د. مصطفى الجارحي ، المرجع السابق ، ص 101.

خاتمة الفصل الثاني :

يستخلص من هذه الدراسة المتعلقة بمسؤولية مالك البناء طبقا لنص المادة 140 / 2-3 ق.م.ج، أن المشرع الجزائري و الفرنسي اعتبرا مالك البناء(و حارسه في القانون المصري)، أول مسؤول عما يحدثه إدام البناء ، ولو كان إداما جزئيا ، وجعله يتحمل نتائج أخطاء الغير (المهندس المعماري أو المقاول) وذلك إذا تحققت شروط نصت عنها المادة السابقة..

وما يلاحظ من خلال هذه الدراسة أيضا أن المشرع لم يوفق في الفقرة الثالثة من المادة 140 ق.م.ج ، حيث وضعت في غير مكانها الطبيعي، فهذه المادة تعتبر مادة وقائية و ليست علاجية ، فالأفضل أن تدرج ضمن الفصل الذي خصصه المشرع لقيود الملكية و ليس ضمن المادة 140 الخاصة بالمسؤولية التقصيرية الناشئة عن دم البناء . وما يمكن أن نستنتجه كذلك ، أن المشرع الجزائري ، لم يعطي العناية الكافية لهذا الموضوع ، وبقي جامدا منذ صدور القانون المدني سنة 1975 ، و إن كان بعض التنظيمات من مراسيم و قرارات ، تطرقت بصفة موجزة إلى هذا الموضوع.

أما فيما يتعلق بمسؤولية المقاول و المهندس المعماري التقصيرية ، فهي تخضع للأركان العامة للمسؤولية التقصيرية ، من ضرورة توافر خطأ في جانب المقاول أو المهندس المعماري ، و ضرر و علاقة سببية ، غير أن نطاق المسؤولية المعمارية التقصيرية واسع جدا.

فقد تقوم المسؤولية التقصيرية للمقاول و المهندس المعماري عن العمل الشخصي في مواجهة رب العمل و ذلك في حالة الغش أو التدليس ، كذلك في الحالة التي تكون فيها الخدمة المقدمة من طرف المقاول أو المهندس المعماري مجانية لرب العمل ، لأنه في هذا الفرض لا وجود لعقد مقابله كما رأينا ، كذلك تقوم المسؤولية التقصيرية في حالة إصابة رب العمل في جسمه أو مواله التي لا صلة لها بعملية البناء(كإصابة سيارته أو تعرضه لجروح.....)، كما يميز القضاء الغالب في فرنسا لرب العمل ، سلوك طريق دعوى المسؤولية التقصيرية في حالة حلوله محل الغير المضروب عند رفع دعواه ضد المسؤول الحقيقي عن دم البناء (المقاول أو المهندس المعماري).

كما أن نطاق مسؤولية المقاول و المهندس لا تقتصر فقط عن فعلهم الشخصي ، فقد تتعداه إلى فعل الغير وذلك مثلا في حالة استعانة المقاول أو المهندس المعماري بعمال أو فنيين.

و رأينا كذلك ، أن مسؤولية المقاول و المهندس المعماري تقوم كذلك اتجاه الغير الأجنبي عن عملية البناء ، كالممارسة على أساس نص المادة 138 ق.م.ج، أما إذا كان المضروب أحد الجيران ، فيؤسس دعواه على أساس التعسف في استعمال الحق طبقا لنص المادة 691 ق.م.

الباب الثاني :المسؤولية المعمارية طبقا للقواعد الخاصة

لم يكتفي المشرع الجزائري كسائر المشرعين الآخرين ،من إخضاع المقاول و المهندس المعماري للقواعد العامة ،من مسؤولية عقدية و تقصيرية ، بل أخضع مسؤوليا ما لقواعد أخرى خاصة ما ، وهذا راجع لما تتسم به عملية البناء و التشييد من تعقيد و ماينتج عنها من أضرار جسيمة تلحق بسلامة الفرد الجسدية منها ما يصل إلى درجة الوفاة، كسقوط حائط أو آلة حادة ، أو ما تعلق بسلامته المالية ، وما يترتب عليها من خسائر مالية ضخمة لهذا نجد ، المشرع قد أضاف ضمانات أخرى تزيد من حماية رب العمل خاصة ، و ذلك بنصه على " الضمان العشري " بمقتضى نص المادة 554 ق.م.ج و القانون 04/11 المتعلق بالقواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية .

ضف إلى ذلك إدراجه ضمانات جديدة تكمل الضمان العشري ، أي ما لم يتطرق إليه الضمان السابق ، فنص على "ضمان حسن الإنجاز" ، و"ضمان سير عناصر التجهيز " وهذا ما سوف نتطرق إليه من خلال :

الفصل الأول: الضمان العشري

الفصل الثاني: الضمانات الخاصة الأخرى

الفصل الأول : الضمان العشري

لم يترك المشرع الجزائري إلتزام المقاول و المهندس المعماري خاضعا للاحكام العامة في الضمان التي تسري على كل عقود المقاولات ، بل وضع أحكاما خاصة لهذا الضمان (المادة 554ق.م.ج)، شدد فيه من مسؤولية المقاول و المهندس المعماري ، حيث جعلهما مسؤولين بالتضامن على سلامة البناء و مكانته مدة عشر سنوات من وقت التسليم لرب العمل بإقامة المنشآت المعيبة ، وفي جميع الاحوال ، لا تسمع دعوى الضمان بعد مرور ثلاثة سنوات على حصول التهدم أو اكتشاف العيب ، وذلك بغية حثهما على بذل كل عناية ممكنة فيما يقومان بتشيدده من مبان أو منشآت ثابتة.

و بالرجوع إلى الاحكام الخاصة بعقد المقاوله ، يتضح أن الضمان العشري له شروط خاصة وله أشخاص محددين يطبق عليهم ، وله كذلك أحكام خاصة به .  
كما المقاول الاصلي ، لا يتمتع نذا الضمان (مثل رب العمل) في مواجهة المقاول الفرعي و هكذا يثور التساؤل عن أسباب عدم خضوع هذا الاخير للمسؤولية العشرية ، وهذا ماسوف نتطرق إليه من خلال :

**المبحث الاول : أطراف الضمان العشري و شروطه**

**المبحث الثاني : أحكام الضمان العشري ، ومدى خضوع المقاول الفرعي له**

المبحث الاول: أطراف الضمان العشري و شروطه

تنص المادة 554ق.م.ج، والمقابلة لنص المادة 651 ق.م.م ، و المادة 1792، 2270 ق.م.ف على "يضمن المهندس المعماري و المقاول متضامين ما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم كلي أو جزئي فيما شيده من مبان أو أقاماه من منشآت ثابتة أخرى و لو كان التهدم ناشئا عن عيب في الارض. و يشمل الضمان المنصوص عليه في الفقرة السابقة ، ما يوجد في المباني و المنشآت من عيوب يترتب عليها تهديد متانة البناء و سلامته.

و تبدأ مدة السنوات العشر من وقت تسلم العمل نهائيا.

ولا تسري هذه المدة على ما قد يكون للمقاول من حق الرجوع على المقاوليين الفرعيين"

طبقا لهذا النص، أن المسؤولية الخاصة بالمقاول و المهندس المعماري ذات طابع إستثنائي، و نظرا لهذا الطابع الاستثنائي، فإنه يتعين علينا تحديد أشخاص الضمان العشري ، وكذا شروط تطبيق المادة 554ق.م.ج في مطلبين:

**المطلب الاول: أطراف الضمان العشري**

**المطلب الثاني: شروط تطبيق الضمان العشري**

المطلب الاول : أطراف الضمان العشري :

للمسؤولية العشرية نطاق محدود على دائرة معينة من الأشخاص دون غيرهم، هؤلاء الأشخاص إما مسؤولون (مدنيون)، تثقل كاهلهم هذه المسؤولية، وإما مستفيدون من أحكام هذه المسؤولية (دائنون) لذلك فإن دراسة هذه المسؤولية تقتضي دراسة الأشخاص المدنين ١ والأشخاص الدائنين ١.

الفرع الاول :الأشخاص المسؤولون :

تنص المادة 554 ق.م.ج : "يضمن المهندس المعماري والمقاول متضامنين ما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم كلي أو جزئي فيما شيداه من مبان أو أقاماه من منشآت ثابتة أخرى ولو كان التهدم ناشئا عن عيب في الأرض. و يشمل الضمان المنصوص عليه في الفقرة السابقة ما يوجد في المباني والمنشآت من عيوب يترتب عليها تهديد متانته وسلامته... " (1).

فطبقا لنص المادة السالفة الذكر فإن المشرع الجزائري قد قصر نطاق الضمان العشري على المهندس المعماري و مقاول البناء لوقت طويل من الزمن، إلا أن التشريعات المتعاقبة قد وسّعت تطبيق أحكام الضمان على المهنيين المشتغلين في مجال التشييد، وذلك مسيطرة للتطور الذي لحق بفن البناء، وما استلزمه هذا الطريق من تقنيات عديدة، وأساليب متنوعة ومتطورة لمسايرة الركب الحضاري في ا مال المعماري.

فلقد شمل هذا التوسع المراقبين الفنيين بموجب المادة 178 من القانون 07/95 المؤرخ في 25 جانفي 1995 والمتعلق بالتأمينات أما في فرنسا فالوضع مختلف عما هو في القانون الجزائري بالنسبة لمضمون نص المادة 554 ق.م.ج. و تطبيقا ١ من حيث الاشخاص، حيث أن أصل المادة السالفة الذكر هو القانون الفرنسي، نص المادة 1792، 2270 ق.م.ف، إلا أنه واستجابة للجهد الكبير الذي يبذله القضاء الفرنسي في توجيه التطور التشريعي نحو الاتجاه الصحيح في هذا ا مال، ومواكبة للتطور الذي طرأ على مهنة التشييد وإقامة المباني فإن القانون المدني الفرنسي قرّر تطبيق قواعد هذه المسؤولية على الأشخاص الذين يربطهم مع رب العمل عقد مقاوله مثل المهندس المعماري والمقاول، بل أن المشرع الفرنسي لم يكتف هذه الخطوة، فقرر تطبيق قواعد المسؤولية الخاصة على أشخاص آخرين غير المهندس والمقاول لا تربطهم أية علاقة تعاقدية مع رب العمل.

أما في القانون الجزائري وبعد صدور القانون 04/11، فقد قفز التنظيم التشريعي في الجزائر فقرة كبيرة فوسع من دائرة الملزمين به والمستفيدين منه، فقد نصت المادة 46 من قانون 04/11 على أنه : "تقع المسؤولية

(1) - تقابلها نص المادة 1792، 2270 ق.م.فرنسي، 1/788 ق.م.أردني، و 561 ق.م.مصري، 668 ق موجبات وعقود

لبناني.

العشرية على عاتق مكاتب الدراسات والمقاولين المتدخلين الآخرين الذين لهم صلة بصاحب المشروع، من خلال عقد في حالة زوال كل البناية أو جزء منها جراء عيوب في البناء، بما في ذلك جراء النوعية الرديئة لأرضية الأساس". أما المادة 30 من المرسوم التنفيذي 12-85 تنص : "يتعين على المرقى العقاري الاككتاب في جميع التأمينات أو الضمانات القانونية المطلوبة، يتحمل المرقى العقاري خلال مدة عشر سنوات مسؤوليته المتضامنة مع مكاتب الدراسات للمقاولين وشركاء البناء بما في ذلك رداءة الأرض".

كما نصت المادة 175 من الأمر 95-07 القانون المتعلق بالتأمينات، على أن : "على كل مهندس معماري ومقاول ومراقب تقني، وأي متدخل شخصا طبيعيا كان أو معنويا، أن يكتب تأمينا لتغطية مسؤوليته المدنية المهنية التي قد يتعرض لها بسبب أشغال البناء وتجديد البناءات أو ترميمها".

من خلال هذه النصوص، يتبين لنا أن المشرع الجزائري قد ساير نظيره الفرنسي في توسيع النطاق الشخصي للمدنيين بأحكام المسؤولية العشرية منذ وضعه للقانون 04/11، وعليه سنتناول في هذه الدراسة، الأشخاص المسؤولين في القانون الفرنسي، تم في القانون الجزائري قبل وبعد القانون 04/11.

البند 1) - في القانون الجزائري :

1) قبل صدور القانون 04/11 المحدد للقواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية:

لا يسأل عن عيوب البناء وفقا لأحكام المادة 554 ق.م.ج إلا المهندس المعماري والمقاول بعقد مقاوله محلها منشآت ثابتة، لهذا سوف نتطرق إلى كل من المهندس المعماري ومقاول البناء.

1- المهندس المعماري:

تنص المادة الثانية من المرسوم التشريعي رقم 07/94 على أن : "الهندسة المعمارية هي التعبير عن مجموعة المعارف والمهارات ا تتمتع في البناء كما هي انبعاثات لثقافة ما وترجمة لها".

و تنص المادة التاسعة من نفس القانون : "يقصد بصاحب العمل في الهندسة المعمارية كل مهندس معماري يتولى تصور إنجاز للبناء ومتابعته<sup>(1)</sup> .

أما في الفقه فقد عرفه تقنين جياديت بأنه : "الفنان الذي يصمم أو يرسم الأبنية ويعين لها النسب والأحجام والتقسيمات المختلفة والزخرفات المناسبة، مشرفا على تنفيذها تحت مسؤوليته وأخيرا يسوى مصروفا<sup>(2)</sup> .

وما تجدر الإشارة إليه أنه إذا كان المشرع الجزائري في نص المادة 554 مدني قد استخدم مصطلح المهندس المعماري، وهي ترجمة للمصطلح الوارد في نص المادة 1792 ق.م.ف.(Architecte)، فإن المشرع الأردني كان أكثر التزاما ودقة عندما استخدم لفظ مهندس بشكل مطلق دون قيد التخصيص.

بناءً على ذلك فقد ثار التساؤل في كل من مصر وفرنسا فيما يتعلق بالضمان العشري، هل يقتصر على المهندس المعماري التزاما بحرفية النص ؟ وهو كل من يحمل شهادة الهندسة المعمارية، و الذي يقف دوره عند وضع التصميم المعماري.

لقد أجاب الفقه على ذلك بالقول إن المقصود بالمهندس هو الشخص المكلف من قبل رب العمل بإعداد الرسومات والتصميمات اللازمة لإقامة المباني والمنشآت الأخرى، والإشراف على تنفيذها بواسطة مقاول

(1) - المرسوم التشريعي رقم 07/94 ، المتعلق بشروط الإنتاج العمراني وممارسة مهنة المهندس المعماري المؤرخ في 7 ذي الحجة عام 1414 الموافق ل 18 ماي 1994 ، جريدة رسمية عدد 32 لسنة 1994 .

(2) - د. عبد الرزاق يس، المرجع السابق ، ص413.

البناء<sup>(1)</sup>. وهذا ما يؤدي إلى القول أن كل طوائف المهندسين المشاركين في عملية البناء يلتزمون بالضمان العشري كالمهندس الإنشائي أو الاستشاري، فالعبرة في ذلك هي بالدور أو المهمة التي يتولى الشخص تأديتها، طالما أنه يقوم بالمقتضى عقد مقاوله أبرم مباشرة مع رب العمل، وهذا ما استقر عليه القضاء الفرنسي في العديد من أحكامه. ويترتب على ذلك أن مسؤولية المهندس المدنية تقع على كل من قام بتصميم أعمال أو أشرف على تنفيذها وقام باختيار المقاولين ونسق بين أعمالهم، أي كانت طريقة تحديد أجره<sup>(2)</sup>.

أما المشرع الجزائري، فقد حدد بوضوح ضرورة توافر الصفة القانونية والشهادة العلمية لممارسة مهنة المهندس المعماري طبقا لنص المادة 1/17 من المرسوم التشريعي 07/94.

فالشخص المسؤول بأحكام الضمان العشري، هو المهندس المعماري القائم بالتصميم أو بالإدارة والرقابة على التنفيذ، أو ما معا طبقا لنص المادة 14 من المرسوم التشريعي 07/94 بقولها: "يعد صاحب العمل عند إنجاز مهمته وطبقا لأحكام المادة 554 من القانون المدني المدافع عن مصالح صاحب المشروع، ويتحمل مسؤولية جميع الأعمال المنوطة به".

فالمشرع الجزائري طبقا للقانون المدني<sup>(3)</sup> قد حدد دور المهندس المعماري في عملية البناء، بوضع التصميم، والرقابة على التنفيذ، وعمل المقايضة وإدارة الأعمال دون أن يعطى تحريفا له.

وما تجدر الإشارة إليه كذلك، أن المشرع الجزائري أطلق تسمية "المتدخلين في الهندسة المعمارية" على مجموعة الأشخاص المساهمين في عملية البناء وهو صاحب المشروع وصاحب المشروع المنتدب<sup>(4)</sup>، وصاحب العمل، وهو المهندس المعماري حسب التصور الوارد في هذا القانون.

وفي هذا الصدد نرى أنه كان على المشرع الجزائري التدخل في التوسع في تفسير مفهوم المهندس المعماري الوارد في المادة 554 ق.م.ج من أجل إعطاء وتوفير حماية أكبر في مجال التشييد لرب العمل باعتباره شخص غير فني ولا خبير بشؤون البناء.

بالإضافة إلى ذلك، نلاحظ أن اقتصار المشرع على المهندس المعماري والمقاول في ذلك الوقت فقط، لأما هما الوحيدان اللذان كانا يتمتعان مهنة التشييد والبناء، لكن التطور الهائل في مجال البناء هو ما استتبعه من ظهور طائفة

---

(1) - د. غازي أبو عرابي، الضمان العشري لمهندس ومقاول البناء ومدى خضوع المقاول من الباطن له، أبحاث اليرموك، سلسلة الإنسانية والاجتماعية، الأردن، العدد 2، جوان 2008، ص 533.

(2) - توسيع دائرة الضمان العشري من حيث العقود بحيث لا يقتصر على عقد المقاوله الأصلي بل يشمل عقد المقاوله من الباطن والعقود المرتبطة بانتقال العقارات، لكي يشمل المشتري وكل من توّول إليه ملكية هذه العقارات خلال المدة المحددة قانونا.

(3) - أنظر نص المادة 563 من القانون المدني الجزائري.

(4) - ويقصد بصاحب المشروع المنتدب حسب نص المادة 08 من القانون 07/94: "كل شخص طبيعي أو معنوي يفوضه صاحب المشروع قانونا للقيام بإنجاز بناء ما أو تحويله".

من الأشخاص الذين على الرغم من أنهم لا يعتبرون مهندسين معماريين أو مقاولين بالمعنى الفني للكلمة، إلا أنهم يمارسون نشاطا مهنيا من نفس طبيعة النشاط الذي يمارسه هؤلاء

وفي الأخير تجدر الإشارة إلى أن القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 15/05/1988 المتضمن كفاءات ممارسة تنفيذ الأشغال في ميدان البناء و أجر ذلك ، المنشور في ج.ر عدد 43، بتاريخ 26 أكتوبر 1988 ، يمنع إسناد مهمتي وضع التصاميم ومتابعة التنفيذ إلى مهندس واحد إذا كان تابعا للمقاول المكلف بالإنتاج، أين يتعين على رب العمل في هذه الحالة إسناد مهمة الرقابة والمتابعة إلى مهندس معماري آخر، وذلك سعيا من المشرع لسيط الرقابة المتبادلة بين المهندسين المعماريين وعلى المقاولين المنفذين أثناء فترة الإنتاج.

## 2- المقاول :

لقد تناول المشرع الجزائري الأحكام الخاصة بالمهندس المعماري بشيء من التفصيل، حيث أفرد له نظاما قانونيا خاصا به، وذلك من خلال سنه لقانون ينظم مهنة المهندس المعماري بموجب المرسوم التشريعي 07/94 كما رأينا سابقا، إلا أن مهنة المقاول لم تحظى بعد هذا الإهتمام التشريعي، لهذا سوف نسلط الضوء على مفهوم المقاول.

### - تعريف المقاول:

**لغة** : المقاول هو المفاوض والمفاوضة، من قاوله في أمره، وتقاول أي تفاوض<sup>(1)</sup>.  
**فقها** : يعرف الدكتور لبيب شنب مقاول البناء بأنه " الشخص الذي يُعهد إليه تشييد المباني، بناء على ما يقدم له من تصميمات وذلك بمقابل أجر، دون أن يخضع للإشراف أو إدارة"<sup>(2)</sup>.  
كما عرفه البعض: " بأنه الشخص الذي يُعهد إليه بتشديد مباني، أو إقامة المنشآت الثابتة الأخرى، بناء على ما يُقدم له من تصميمات ودون أن يخضع في عمله إلى إشراف أو إدارة، ويستوي في ذلك أن تكون المواد التي أقم المنشآت قد أحضرها من عنده أو قدمها له رب العمل"<sup>(3)</sup>.  
وما يلاحظ على هذه التعريفات، أنه جعل المقاول لا يخضع لأي إدارة أو إشراف، لكن هذا ليس معناه أنه لا يخضع للإدارة والإشراف مطلقاً، ذلك أن المقاول مُلزم بتلقي الأوامر من رب العمل وتنفيذها إلا ما كان يتعارض مع أصول مهنته.

**قانوناً** : لم يُعرف المشرع الجزائري المقاول ضمن النصوص القانونية المنظمة لعقد المقاولة في التقنين المدني، وإن كان قد حدد التزامات هذا الأخير في علاقته برب العمل.

(1) - دمجنتار الصحاح، محمد بن أبي بكر بكر الرازي، دار التنوير العربي، بيروت، سنة 1985، ص 559.

(2) - د. لبيب شنب، المرجع السابق، ص 37.

(3) - د. عبد الرزاق يس، المرجع السابق، ص 420 - 421.

لكن بالرجوع إلى القانون 04/11 المحدد للقواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية، فإنه يُعرفه في نص المادة 03 على أنه : " كل شخص طبيعي أو معنوي مسجل في السجل التجاري بعنوان نشاط أشغال البناء، بصفته حرفياً أو مؤسسة تملك المؤهلات المهنية "

كما عرفه كذلك في نص المادة 08 من المرسوم التشريعي 07/94 المتعلق بشروط الإنتاج المعماري، فقد إصطلح عليه " صاحب المشروع المنتدب " ، بأنه " كل شخص طبيعي أو معنوي، يُفوضه صاحب المشروع قانوناً، للقيام بإنجاز بناء أو تحويل " .

فطبقاً للتعريف السابقة، يتبين لنا أن المقاول هو تاجر قد يكون شخصاً طبيعياً كما قد يكون شخصاً معنوياً، ويجب أن يكون مسجلاً في السجل التجاري، وكذلك يملك الإمكانيات المادية اللازمة للقيام بعملية البناء

## (2) - المراقب التقني:

### (أ) تنظيم مهنة المراقب التقني:

إن مهنة الرقابة الفنية في مجال التشييد هي مهمة حديثة النشأة نسبياً يرجع تاريخها في فرنسا إلى عام 1929 على أثر بعض الا يارات المروعة التي حدثت آنذاك في بعض المباني، وكان ظهورها في بادئ الأمر على شكل هيئة فنية مهمتها مساعدة المؤمنين بتزويدهم بالمعلومات الفنية على البناء المراد تغطيته<sup>(1)</sup>. وهكذا أنشأت هذه المهمة وترعرعت في أحضان التأمين، وكان ما يبرم من عقود بشأها إنما يتم بين المؤمن من جهة ومكتب الرقابة الفنية من جهة أخرى<sup>(2)</sup> ولم تكن مهنة الرقابة الفنية تخضع لتنظيم تشريعي أو لائحي، بل كان كل ما يحكمها هي القواعد العامة<sup>(3)</sup>.

أما في الجزائر فقد نظم المشرع الرقابة الفنية في مجال البناء لأول مرة بمقتضى الأمر رقم 71-85 المؤرخ في 1971/12/29<sup>(4)</sup>، والمتضمن إحداث هيئة الرقابة التقنية للبناء، وتحديد قانونه الأساسي، كذلك بمقتضى المرسوم التنظيمي رقم 86-205 المؤرخ في 19 أغسطس 1986 والمتضمن تغيير هيئة المراقبة التقنية للبناء<sup>(5)</sup>.

(1) - د. عبد الرزاق يس، المرجع السابق، ص471.

(2) - د. عبد الرزاق يس، المرجع نفسه، ص471.

(3) - أما عن وضع مكاتب الرقابة بالنسبة للقواعد الخاصة (الضمان العشري)، فكانت تنهت من أحكام هذه المسؤولية بحجة أنها تعمل في خدمة المؤمنين وليس في خدمة رب العمل، الأمر الذي تقرره هذه المسؤولية لصالحه، كما وألا تربطها به أية علاقة تعاقدية من قريب أو من بعيد... للتفصيل أكثر أنظر : د. عبد الرزاق يس، المرجع السابق، ص472 وما بعدها.

(4) تقضي المادة 3/2 من المرسوم 86-205 ما يلي : "تعد الهيئة تاجرة في علاقة مع الغير وتخضع للتشريع الجاري به العمل وللقواعد المنصوص عليها في هذا المرسوم.

(5) - تنص المادة 11 من المرسوم 86-205 : "تتمتع الهيئة بالشخصية المدنية والاستقلال المالي".

فبالرغم من تنظيم مهمة الرقابة الفنية في مجال البناء منذ السبعينات، إلا أن المراقب الفني لم يخضع لأحكام الضمان العشري إلا بموجب القانون رقم 07/95 المؤرخ في 1995/01/25 المتعلق بالتأمينات والمعدل والمتمم للقانون 07/80 المؤرخ في 1980/08/09 المتضمن قانون التأمين حيث تنص المادة 178 منه : "... يجب على المهندسين المعماريين والمقاولين وكذا المراقبين الفنيين اكتابة عقد التأمين مسؤولياتهم العشرية المنصوص عليها في المادة 554 من القانون المدني على أن يبدأ سريان هذا العقد من الاستلام النهائي للمشروع".

لكن في تلك الفترة نلاحظ أنه كان يوجد فراغ تشريعي، من حيث شمول المراقب الفني للضمان العشري، حيث أن نص المادة 554 ق.م.ج، قد اكتفت بالمقاول والمهندس المعماري، لذلك كان على المشرع في ذلك الوقت، أن يتدارك هذه المسألة بإخضاع المراقب الفني لأحكام الضمان العشري المنصوص عليه في المادة 554 ق.م.ج ثم بعدها إلزامه باكتتاب تأمين من أجل تغطية مسؤوليته.

وهيئة الرقابة التقنية للبناء تعد تاجرة في علاقا مع الغير، وتمتع بالشخصية الاعتبارية ولها استقلال مالي، ولها خمسة وحدات تقنية على مستوى الكفاءة والاختصاص لمعاينة المنشآت العمرانية هي : وحدات الشرق، الغرب، الجنوب، الوسط، وأضيفت إليها وحدة الشلف نظرا لطابعها الجيولوجي، وكو ا منطقة زلزالية<sup>(1)</sup>.

#### (ب) دور المراقب التقني وحدود مسؤوليته :

يتدخل المراقب التقني طبقا للفقرة الأولى والثانية من المادة الثالثة من المرسوم التنفيذي 86-205 على مرحلتين هما : مرحلة المشروع التمهيدي، إذ يتدخل قبل البدء في إنجاز الأعمال ويجري دراسة انتقادية جموعة الترتيبات الفنية على تصميم الأعمال الكبيرة، والعناصر التي ترتبط ا ليتأكد من مطابقتها لقواعد البناء، أما الثانية فتكون على مستوى الإنجاز وتتعلق بتنفيذ الأعمال، أين يسهر على احترام المخططات المعتمدة وكيفية التنفيذ<sup>(2)</sup>. ولم يوضح هذا المرسوم الطرف الذي يلتزم بطلب تدخل المراقب الفني، لكن بالرجوع إلى القرار الوزلي المشترك المؤرخ في 1988/05/15، نجد أنه يفرض على رب العمل أن يبرم اتفاقية مع الهيئة المكلفة بالمراقبة التقنية للبناء، إذا تعلق

(1) - عمراوي فاطمة، "المسؤولية الجنائية لمشيدي البناء، مالك البناء، المهندس المعماري والمقاول"، رسالة ماجستير، كلية الحقوق بن عكنون، الجزائر، 2000-2001، ص80.

(2) - تنص المادة 2 و3 من المرسوم 86-205 : "وتتمثل هذه المهمة في دراسة جميع الترتيبات التقنية التي تتضمنها المشاريع، دراسة نقدية لاسيما رقابة تصميم الأعمال الكبرى والعناصر التي ترتبط ا للتأكد من مطابقتها لقواعد البناء ومقاييسه، وتتم هذه الرقابة تنفيذ الأشغال قصد السهر على احترام المخططات المعتمدة وكيفية التنفيذ".

الأمر بالبنائات التي تدخل ضمن اختصاصها، وعلى المهندس المعماري أو مكتب الدراسات أن يقدم المساعدة لرب العمل عند إبرام هذه الاتفاقية، وفقا للمادة 18 من القرار الوزاري المشترك السالف الذكر<sup>(1)</sup>.

وبالرجوع إلى المرسوم رقم 86-205، تتمثل مهمة الهيئة المكلفة بالمراقبة التقنية للبناء في<sup>(2)</sup>:

- مراقبة كل أنواع البنائات للتأكد من ثبات بنائهما، وديمومته وأساسه، وصلاحيته كل مسألة تأثيرا في ثباته، وهيكله وجدران محيطه وسقفه، بغية تقليل أخطار العيوب في هذا المجال والمساهمة في الوقاية من النقائص التقنية التي قد تطرأ أثناء الإنجاز طبقا لنص المادة 1/3 من المرسوم رقم 86-205.

- مراقبة جودة المواد المعدة للبناء في المصنع والاعتماد التقني لمواد البناء وعناصره طبقا لنص المادة 7/3 من المرسوم السابق.

- تسليم شهادة المراقبة للمقاولين والمهندسين والمراقبين التقنيين، لتمكينهم من إبرام عقود التأمين ضد العواقب المالية المترتبة عن المسؤولية العشرية.

ولعلّه قد يتبادر إلى الذهن التساؤل عن الهيئة المانحة لشهادة القبول المطلوبة من طرف شركات التأمين لإبرام عقود التأمين على المسؤولية العشرية في هذه الحالة، والإجابة عن ذلك جاء في المرسوم التنفيذي رقم 96-49 المؤرخ في 17/01/1996 الذي حدد قائمة المنشآت العمومية المعفاة من إلزامية التأمين على المسؤولية المهنية والعشرية طبقا لنص المادة 01 و 02 من المرسوم التنفيذي رقم 96-46 المؤرخ في: 17/11/1996 كما يلي :

الجسور، الأنفاق، السدود، القنوات، الطرق، الطرق السريعة، الحواجز المائية التلية، المكاسر، الموانئ والمرافئ، ومباني الحماية، قنوات نقل المياه، خطوط السكك الحديدية، مدرجات هبوط الطائرات، وبالتالي فإن المقاولين والمهندسين المعماريين والمراقبين التقنيين معفون من التأمين على مسؤوليتهم العشرية بصددهم إنجازهم للمنشآت الثابتة المذكورة آنفا<sup>(3)</sup>.

(1) - تنص المادة 18 من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 15/05/1988 : "يجب على صاحب المشروع أن يبرم اتفاقية مع الهيئة المكلفة بالمراقبة التقنية للبناء فيما يخص كل البنائات التي تدخل ضمن اختصاصات هذه الهيئة، ويجب أن تبرم هذه الاتفاقية فور توقيع عقد الاستشارة الفنية، وعلى المستشار الفني أن يساعد رب العمل في علاقاته مع الهيئة المكلفة بالمراقبة التقنية للبناء عند إعداد الاتفاقية والحصول على التأشيرات التقنية".

(2) - وما تجدر الملاحظة إليه أنه تم تعديل هذا المرسوم المنشئ لهيئة المراقبة بموجب خمس مراسيم على أثرها تم تغيير هيكلها وكذا تسميتها من هيئة الرقابة للبناء إلى الهيئة الوطنية لرقابة البناء التقنية في وسط البلاد، وتم تحديد اختصاصها الإقليمي كما أنشأ أربع هيئات وطنية أخرى لكل منها مجال إقليمي وهذا بموجب خمس مراسيم تحمل أرقام متتالية (86-205)، (86-206)، (86-207)، (86-208)، (86-209)، مؤرخ في 13 ذي الحجة عام 1406 الموافق لأوت سنة 1986، جريدة رسمية عدد 34 لسنة 1986.

(3) - د.بن عبد القادر زهرة، " نطاق الضمان العشري للمشيدين دراسة مقارنة بين التشريعيين الجزائري والفرنسي"، بحث لنيل شهادة دكتوراه العلوم، باتنة، سنة 2008-2009، ص176.

ومما سبق، يستخلص أن رب العمل بالنسبة للمنشآت الثابتة الأخرى، إذا أراد أن يمارس رقابة فنية على ما ينجز أو أنجز من طرف المقاولين والمهندسين المعماريين، فعليه أن يلجأ إلى مراقب فني غير هيئة الرقابة التقنية للبناء محل الدراسة<sup>(1)</sup> وهو ما يستخلص منه ضمناً أن هناك هيئات أخرى يمكنها أن تمارس الرقابة الفنية في مجال البناء والتشييد، وغالبا ما تكون مكاتب هندسية أو تقنية<sup>(2)</sup>.

### 3) بعد صدور القانون 04/11 المحدد للقواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية :

#### 1) المرقى العقاري :

لقد عمل المشرع الجزائري لاسيما في القانون 04/11 المتعلق بتحديد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، بتعريف المرقى العقاري وبتحديد الشروط اللازمة للقيام بمهنة المرقى العقاري، بعدما أن كانت هذه المهنة غير منظمة في القانون سابقا، حيث كان المرسوم التشريعي 03/93 المتعلق بالنشاط العقاري، قد نص على التعامل في الترقية العقارية لكنه لم يضع الشروط اللازمة لمزاولة هذه المهنة، وأمام عدم وجود نظام قانوني وأساسي في الترقية العقارية أصبحت هذه المهنة تزاو من قبل المقاولين الذين تحولوا من مقاولين إلى متعاملين في الترقية العقارية<sup>(3)</sup>، فأخذوا يمارسون هذه المهنة دون احترامهم لمحتوى دفتر الشروط المعمول به<sup>(4)</sup>.

هذا فضلا عن عدم توافر أغلبهم على الإمكانيات والوسائل المادية والبشرية التي تؤهلهم لممارسة نشاط الترقية العقارية، الأمر الذي تسبب في تأخر إنجاز وتسليم العديد من الوحدات السكنية. بالإضافة إلى ذلك، فهناك من المرقين العقاريين من تلاعب بأسعار السكنات عن طريق المبالغة في الزيادة فيها بحجة ارتفاع سعر بعض مواد البناء كالإسمنت، أو ارتفاع تكاليف اليد العاملة، الذي نتج عن رفع الحد الأدنى للأجر القاعدي المضمون من 12 ألف دينار إلى 15 ألف في جانفي 2010<sup>(5)</sup>.

والأكثر من ذلك، فقد استولى بعض المرقين العقاريين على أموال المشتريين الذين وجدوا أنفسهم فريسة مشاريع سكنية وهمية، وقد سمعنا وقرأنا كثيرا عن هروب بعض المرقين العقاريين بما استطاعوا جمعه من أموال المشتريين<sup>(6)</sup> الذين قضوا -ربما- طوال حياتهم في جمعها من أجل شراء مسكن يأويهم، وحتى لو تم القبض على هؤلاء المرقين المحتالين وتمت

(1) - د. بن عبد القادر زهرة، المرجع السابق، ص176.

(2) - د. عبد القادر زهرة، المرجع السابق، ص177.

(3) - حيث بلغ عددهم (المقاولين) في سنة 2009، حسب بيان وزارة السكن 1277 على المستوى الوطني.

(4) - د. عياشي شعبان، "عقد البيع على التصاميم"، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، قسنطينة، سنة 2011-2012، ص101.

(5) - د. عياشي شعبان، المرجع السابق، ص101.

(6) - مقال نشر في جريدة النهار، البيع على التصاميم أكبر ثغرة قانونية تسهل احتيال المرقى على المواطن، مقال نشر في جريدة

النهار يوم 29/11/2009.

متابعتهم جزائيا على أساس جريمة النصب والاحتيال، فإن الواقع العملي يشهد بعدم فعالية ونجاعة العقوبات الجزائية المتمثلة في الحبس والغرامة، من ناحية لأن هذه العقوبة غالبا لا تكون رادعة أمام الإغراءات المالية، فقد تفتشت - للأسف الشديد- في مجتمعنا ظاهرة قبول البعض أن يسجن العديد من السنوات في مقابل الحصول على مبالغ مالية مرتفعة تعد بعشرات الملايير، ومن ناحية ثانية، ماذا يستفيد الضحية (المشتري) من حبس المتهم (المركبي العقاري) وقد ضاعت آماله في الحصول على سكن، بعد انتظار طويل، وحتى على فرض أنه استطاع أن يسترد -عن طريق العدالة- ما قد سبق دفعه، فإنه يجد ما استرده لا يكفي لشراء سكن آخر، بسبب ارتفاع سعر السكن في الفترة الممتدة بين تاريخ دفع الثمن وتاريخ استرداده<sup>(1)</sup>.

وعلى ضوء ما تم تسجيله من نقائص في الحياة العملية، أمست الحاجة إلى ضرورة التعجيل بمراجعة الإطار التشريعي المنظم للترقية العقارية عموما، ويتعلق الأمر بالمرسوم التشريعي 03/93 المتعلق بالنشاط العقاري والعمل على استحداث مرقين محترفين يتمتعون بروح المسؤولية، فأصدر المشرع القانون رقم 04/11 المحدد للقواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية، والذي كان من بين أهدافه الأساسية تحديد نظام أساسي للمركبي العقاري<sup>(2)</sup>.

#### أ- تعريف المركبي العقاري :

يعتبر مركبي عقاري "Promoteur immobilier"، بائع المساحات المبنية أو في إطار البناء، واستعمل هذا المصطلح من طرف Ferand Puillon سنة 1954. أما في القانون الجزائري، فقد عرف المشرع في القانون 04/11 كل من المشروع العقاري والمركبي العقاري في نص المادة 3 منه، فالمشروع العقاري "هو مجموع النشاطات المتعلقة بالبناء والتهيئة والإصلاح والترميم والتجديد وإعادة التأهيل وإعادة الهيكلة وتدعيم البنايات المخصصة للبيع أو الإيجار بما فيها تهيئة الأرضيات المخصصة لاستقبال البنايات".

أما المركبي العقاري، فقد عرفه في نص المادة 3 منه "كل شخص طبيعي أو معنوي يبادر بعمليات بناء مشاريع جديدة أو ترميم أو إعادة تأهيل، أو تجديد أو إعادة هيكلة أو تدعيم بنايات تتطلب أحد هذه التدخلات، أو تهيئة وتأهيل السكنات قصد بيعها أو تأجيرها".

لايتولى المركبي العقاري مسؤولية تنسيق جميع العمليات التي تدخل في إطار الدراسات والأبحاث وتعبئة التمويل، وكذا تنفيذ أشغال إنجاز المشروع العقاري."

(1) - د. عياشي شعبان، المرجع السابق، ص103.

(2) - د. عياشي شعبان، المرجع السابق، ص103.

وما يمكن ملاحظته حول التعريف الذي جاء به المشرع في هذا القانون أنه قد وسع من مهامه (المركبي)، فمن المتعارف عليه أن مهنة المتعامل في الترقية العقارية في ظل المرسوم التشريعي رقم 03/93 المتعلق بالنشاط العقاري، كانت تتمثل أساسا في قيامه بإنجاز أو تجديد الأملاك العقارية المخصصة للبيع أو الإيجار<sup>(1)</sup> أو تلبية حاجات خاصة. إلا أنه طبقا لنص المادة 3/15 من القانون 04/11 ، فإن المركبي العقاري - بالإضافة إلى قيامه بعمليات بناء مشاريع جديدة - فهو محول كذلك بترميم أو إعادة تأهيل، أو إعادة هيكلة أو تدعيم بنايات تتطلب أحد هذه التدخلات. وهذا التوسع في مهنة المركبي العقاري يطرح تساؤلا فيما يتعلق بالصيغة القانونية التي يتدخل بموجبها المركبي العقاري للقيام بأحد العمليات التي تتطلبها البناية، وفي رأينا، أن الأمر لا يخرج عن أحد الفرضين :

### الفرض الأول :

هو قيام المركبي العقاري بشراء بنايات موجودة من ملاكها الأصليين بموجب عقد بيع عادي، فيصبح هو المالك لها، ثم يبادر بترميمها إذا كانت تحتاج إلى ترميم، أو إعادة تأهيلها إذا كانت تقتضي ذلك، ثم يقوم في نفس الوقت بعملية بيعها أو تأجيرها، ويستوي في ذلك أن يشرع في البيع قبل البدء في تنفيذ أو إنجاز أحد هذه التدخلات، أو أثناء القيام بها، أو حتى بعد الانتهاء منها.

ونعتقد أن هذه الحالة لم تخطر على بال المشرع لكون المرقين العقاريين الجزائريين وقت صدور القانون 04/11 لسنة 2011 لا يملكون بنايات موجودة تحتاج إلى التدخلات المنوه عنها في المادة 51/51 التي عرفت المركبي العادي، وحددت مهامه<sup>(2)</sup>.

### الفرض الثاني :

هو تقدم ملاك البنايات إلى المركبي العقاري، ويطلبون منه القيام بأحد أو بعض الأعمال (كالترميم والتدعيم) وفي هذه الحالة يكون مركز المركبي العقاري في علاقته مع المتعاقد الآخر، مقاولا يرتبط معه بعقد مقاوله ويكون المتعاقد معه في مركز رب العمل، وبالتالي فإن العقد المبرم بينهما هو عقد مقاوله تنظمه أحكام المواد من 549 - 570<sup>(3)</sup>.

كما يلاحظ على تعريف المشرع للمركبي العقاري أنه استعمل عبارة "يبادر بعمليات يئة الشبكات" وهي عبارة غامضة ومبهمة، فما المراد بتهيئة وتأهيل الشبكات، هل المقصود بالشبكات الطرق ومواقف السيارات، أو شبكات توصيل المياه والغاز... ؟

(1) - إن هذا المرسوم قد ألغي بموجب القانون 11/04 الذي يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، المؤرخ في 17 فبراير 2011، ج.ر. العدد 14.

(2) - للتفصيل أكثر أنظر : د. عياشي شعبان، المرجع السابق، ص 105.

(3) - للتفصيل أكثر أنظر : د. عياشي شعبان، المرجع السابق، ص 105-206.

**ب- شروط إكتساب صفة المرقى العقاري في ظل قانون 04/11 :**

1- إكتساب صفة التاجر<sup>(4)</sup> : لقد حوّل القانون 04/11 ممارسة النشاط العقاري لكل شخص طبيعي أو معنوي يتمتع بالأهلية القانونية للقيام بالأعمال التجارية، فغاية المرقى العقاري تكمن في بيع أو إيجار العمل الذي تولى المبادرة بإجازه مما يضيفي الصفة التجارية على النشاطات التي يمارسها، إلا أن يكون قد قصد من مبادرته تلبية لحاجات الشخصية، وهذه النشاطات التجارية (المهام) نصت عليها المادة 3 و 18 من القانون 04/11، وهذا ما نصت عليه المادة 19 من القانون 04/11 بقولها : "يسمح لكل شخص طبيعي أو معنوي مؤهل للقيام بأعمال التجارة بممارسة نشاط الترقية العقارية موضوع المادتين 3 و 8 أعلاه طبقا للتشريع المعمول به وحسب الشروط المحددة في هذا القانون".

2- أن يكون مسجلا في الجدول الوطني للمرقين العقاريين، وذلك حتى يستطيع الحصول على الاعتماد الذي يعد ترخيصا لممارسة المهنة، فلا يكفي لاعتبار الشخص الطبيعي أو المعنوي مرقيا عقاريا، أن يمارس نشاط الترقية العقارية على الشكل المنصوص عليه في القانون 04/11، بل يستوجب أن يكون حاصلا على اعتماد ومسجل بالجدول الوطني للمرقين العقاريين، نظرا لأن ممارسة نشاط الترقية العقارية يمثل مهنة منظمة تخضع لضوابط محددة قانونا<sup>(2)</sup>.

وفي غياب الحصول على تراخيص أو اعتماد، يتعرض الشخص المخالف إلى عقوبة جريمة انتحال الصفة طبقا للمادة 243 من قانون العقوبات الجزائري المتمثلة في الحبس من ثلاثة أشهر إلى سنتين، وبغرامة من 500 إلى 5000 دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين.

وإذا كان المرقى يمارس المهنة بدون اعتماد مصحوبة بالنصب، تعرض إلى عقوبة جريمة النصب والاحتيال المنصوص عليها في المادة 372 من قانون العقوبات، والتي تتمثل في الحبس من ستة إلى خمس سنوات وغرامة من 500 إلى 20.000 دج.

3- لا يمكن للأشخاص الذين تعرضوا لعقوبات محددة في القانون أن يكونوا مرقين عقاريين، وذلك بسبب إحدى الجرائم التالية :

- التزوير واستعمال المزور في المحررات الخاصة أو التجارية أو البنكية.
- السرقة وإخفاء المسروقات وخيانة الأمانة والتدليس وابتزاز الأموال أو القيم أو التوقيعات.

(1) - تنص المادة الاولى من القانون التجاري الجزائري : "يعد تاجرا كل شخص طبيعي أو معنوي يباشر عملا تجاريا و يتخذه مهنة معتادة له، ما لم يقض القانون بخلاف ذلك".

(2) - نصت المادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 84/12 على أنه : "يمثل نشاط المرقى العقاري مهنة منظمة في مفهوم التشريع والتنظيم المعمول بها، تكون مانعة لأي نشاط آخر مدفوع الأجر".

- النصب وإصدار شيك بدون رصيد.
- رشوة موظفين عموميين.
- شهادة الزور واليمين الكاذبة والغش الضريبي.
- الجرح المنصوص عليها بموجب الأحكام التشريعية المتعلقة بالشركات التجارية كما يمنع من ممارسة هذا النشاط الأعضاء المشطوبين تأديبا وبصفة مائية، الإخلال بنزاهة المهن المشكلة في نقابات طبقا لنص المادة 01/20 من القانون 04/11..

## ( 2 ) - مكاتب الدراسات :

لقد نص المشرع الجزائري على المسؤولية العشرية لمكاتب الدراسات في نص المادة 46 من القانون 04/11 بقولها : "تقع المسؤولية العشرية على عاتق مكاتب الدراسات والمقاولين... "، فنشاط مكاتب الدراسات قد يكون نشاط هندسي، كما قد يكون تقني، لهذا سوف نتطرق إليها من ناحية المسؤولية العشرية، لأن هذه المكاتب معروف عنها بكثرة المتدخلين فيها، مما يثير إشكال المسؤولية العشرية من ناحية مدى مسؤولية المكتب اتجاه الدائن بالضمان، فقد يعهد المرقى العقاري إلى مكتب الدراسات بإعداد كل ما يلزم لإتمام المشروع العقاري، في حين أن وظيفة المكتب تقتصر فقط على جانب الهندسة المدنية يستعين بمكاتب هندسية معمارية لتنفيذ التزامه، فما مدى تحمل مكتب الهندسة المعمارية للمسؤولية العشرية، كوما ليست متعاقدة مع المرقى العقاري كرب عمل ؟

## ( 3- ) لمقاول الفرعي (الثانوي) :

تنص المادة 45 من القانون 04/11 على "..... يعد باطلاً وغير مكتوب، كل بند من العقد يهدف إلى إقصاء أو حصر المسؤولية أو الضمانات المنصوص عليها في أحكام هذا القانون أو تلك المنصوص عليها في التشريع والتنظيم المعمول بهما أو تقييد مداها، سواء باستبعاد أو بحصر تضامن المقاولين الثانويين مع المرقى " .

كما نص المشرع في المادة 30 من المرسوم التنفيذي 85/12<sup>(1)</sup> : " يتعين على المرقى العقاري الإكتتاب في جميع التأمينات أو الضمانات القانونية المطلوبة، يتحمل المرقى العقاري خلال مدة عشرة ( 10 ) سنوات مسؤوليته المتضامنة مع مكاتب الدراسات والمقاولين والشركاء والمقاولين الفرعيين وأي متدخل آخر " .

(1) - مرسوم تنفيذي 85/12 المؤرخ في 20 فيفري 2012. يتضمن دفتر الشروط النموذجي الذي يحدد الإلتزامات والمسؤوليات المهنية للمرقى العقاري. منشور ج.ر عدد 11 الصادرة في 26/07/2012

و تنص المادة 46 من القانون 04/11 " تقع المسؤولية العشرية على عاتق مكاتب الدراسات والمقاولين المتدخلين الآخرين الذين لهم صلة بصاحب المشروع من خلال عقد " يظهر من خلال هذه النصوص، أنه إذا تعلق الأمر بمسؤولية المقاول الفرعي في إطار الترقية العقارية، فإنه يكون متضامن مع المرقبي العقاري وتقوم مسؤوليته العشرية، أما خارج العمليات الترقية والتي جاء القانون 04/11، فلا مجال للحديث عن المسؤولية العشرية للمقاول الثانوي. وأمام هذا التناقض الصارخ بين نصوص القانون الجزائري، يتعين على المشرع الجزائري أن يوجد النصوص القانونية التي تنص على تضامن المقاول الفرعي، من حيث مدى تحمله لمسؤوليته العشرية.

### البند2: الأشخاص المسؤولون في ظل القانون الفرنسي المعدل رقم 12 لسنة 1978 :

لقد إستمر العمل نذا الاجتهاد القضائي إلى أن تدخل المشرع وأجرى تعديلا على المادة 1792 والمادة 2270 وذلك في القانون رقم 3 لسنة 1967، حيث قنن ما درج عليه القضاء وما استقر عليه في أحكامه واجتهاده، فقضت المادة 1792 بأنه : "إذا تعلق البناء... فإن المهندسين المعماريين والمقاولين وغيرهم من الأشخاص المرتبطين مع رب العمل بعقد مقاوله يكونون مسؤولون...". أما المادة 2270 فنصت على ما يلي : "المهندسون والمقاولون وغيرهم من الأشخاص المرتبطين مع رب العمل بعقد مقاوله يكونون متحليلين من ضمان الأعمال التي أقاموها...". وهكذا يكون المشرع الفرنسي، بإجراءاته هذا التعديل قد استجاب للاتجاه القضائي في توسع نطاق الضمان الشخصي ليخضع كل مؤجر عمل مرتبط بعقد مقاوله مع رب العمل للمسؤولية المعمارية، ويندرج تحت مفهوم (كل شخص يرتبط مع رب العمل بعقد إجارة عمل) مكاتب الدراسات الفنية، المهندسون، الاستشاريون، المهندسون غير المعماريين (كمهندس الميكانيك والكهرباء)، والحدادون، والنجارون، ومقاولوا الأعمال الصحية، ومكاتب دراسة التربة التي سيقام عليها البناء، ومكاتب وضع الرسومات والخراط وعمل المقاييسات والمواصفات، وحساب الكميات وغيرهم من أصحاب الأعمال الذين يلعبون دورا في إقامة البناء.

كما أضاف المشرع في ذلك التعديل نصا جديدا يعتبر توسعا حقيقيا لا يستطيع القضاء مد نطاق المسؤولية الخاصة إليه، لتعارضه مع القواعد العامة ومع أحكام عقد البيع، وهذه الإضافة تتمثل في نص المادة 1/1646، والتي تقضي بأن ، "بائع العقار تحت التشييد يكون ضامنا خلال عشر سنوات، اعتبارا من تاريخ تسلم الأعمال، للعيوب الخفية التي يكون المهندسون المعماريون والمقاولون وغيرهم من الأشخاص المرتبطين مع رب العمل بعقد إجارة عمل (عقد مقاوله) مسؤولون عنها طبقا للأحكام 1792 و2270 من القانون الحالي."

و إذا التعديل فقد تجاوز المشرع الفرنسي شرط ارتباط الشخص المسؤول مع رب العمل بعقد مقاوله، كشرط من شروط تطبيق أحكام المسؤولية الخاصة ومد نطاق تطبيق أحكام هذه المسؤولية إلى شخص آخر لا يرتبط مع رب

العمل إذا العقد، وإنما فقط بعقد بيع هو عقد عقار تحت التشييد، قاطعا عليه بذلك طريق رب المهندس والمقاول من تطبيق أحكام هذه المسؤولية بالاتفاق عليها من خلال صورة من صور العمل الإنشائي التي ظهرت في ذلك الوقت -وما زالت- والتي كان يعهد المهندس والمقاول بمقتضاها إلى التعامل مع الآخرين بمقتضى عقد بيع عقار وليس بمقتضى عقد مقاول لإقامة هذا العقار، رغم توافر كافة أركان وشروط عقد المقاول الأخرى، وذات أطرافه وبذات الصفات في العملية التعاقدية.

وبذلك جاء هذا النص ليعامل المسؤولين خاصة بعكس مقصودهم لتحقيق الحماية القانونية التي تقتضيها المصلحة العامة، ومصلحة من ستؤول إليه ملكية العقار الذي هو بحاجة لهذه الحماية بدرجة لا تقل عن حاجة رب العمل الأصلي الذي يتم العمل لحسابه، والذي قد يتواطؤ مع المقاول والمهندس ليحررها من هذه المسؤولية مقابل تخفيضهم لأجرهم خاصة إذا كان رب العمل يقوم بالبناء لغايات<sup>(1)</sup>.

ورغم هذا التعديل وما تبعه من المعالجات التشريعية التي تلتها من خلال تعديل 1967/07/07 التي قضت بتوسيع النطاق الشخصي لأحكام المسؤولية الخاصة لتشمل الممول العقاري، ومشيد المنازل التي تستغل كسكن خاص، إضافة للأشخاص الآخرين الذين شملهم قانون 1967، فإن المعالجة الشاملة لهذا الموضوع جاءت في التدخل التشريعي الثاني في القانون رقم 12 لسنة 1978 من خلال تعديل المادة 1792 واستحداث المواد 1/1792 بفقرا 1 والثلاث، إضافة للمادة 4/1792<sup>(2)</sup>. فجاءت المادة 1792 المعدلة تنص على أن : "كل معماري يقوم بتشديد بناء يكون مسؤولا بقوة القانون...".

ويلاحظ من هذا النص اتساع دائرة الأشخاص الخاضعين لقواعد وأحكام المسؤولية الخاصة (العشرية) بوضعه عبارة "كل معماري" بدلا من عبارة "المهندسون والمقاولون وغيرهم من الأشخاص المرتبطين مع رب العمل بعقد مقاول" الواردة في ذات المادة من قانون 1967 بعد أن كان قانون 1804 يستخدم عبارة "المهندسون والمقاولون"، كما قررت هذه المادة قرينة قانونية قاطعة على تحقق مسؤولية المعمارى دون حاجة لإثبات من قبل رب العمل.

أما المادة المستحدثة 1/1792 فقد جاءت لبيان من هو المعمارى وفقا للمادة 1792 المذكورة سابقا فقضت بأنه : "يعتبر معماريا يقوم بتشديد بناء :

1- كل مهندس معمارى أو مقاول أو فني، أو أي شخص آخر يرتبط برب العمل بعقد

مقاول.

2- كل شخص يبيع بعد إتمام التشييد عقارا كان قد شيده بنفسه أو عمل على تشييده.

3- كل شخص باعتباره وكيلًا عن مالك البناء، يقوم بمهمة مماثلة لما يقوم به المقاول."

(1) - د. عبد الرزاق يس، المرجع السابق، ص 483-484.

(2) - د. عبد الرزاق يس، المرجع السابق، ص 463-464.

كما قضت المادة 4/1792 بتضامن الصانع لعمل أو لجزء من عمل أو لعنصر تجهيزي به مع المقاول الذي قام بتركيب هذا العمل في المبنى في إخضاعها لأحكام المسؤولية الخاصة، وجعلت هذه المادة في فقر 1 الثانية كلا من المستورد والموزع لهذا العمل في حكم الصانع، واعتبرت المادة 1/1831 من القانون الفرنسي الممول العقاري معماريا، إضافة إلى أن المادة 6 من القانون رقم 12 لسنة 1978 وتعديلاته اعتبرت معماري المنازل الخاصة كالفيلات في حكم المعمارى الذي تنطبق عليه أحكام المسؤولية العشرية. وفي حج المشرع الفرنسي بعدم ترك أي مشارك في عملية البناء خارج نطاق المسؤولية العشرية، فقد تناول المراقب الفني في المادة 9 من القانون رقم 12 لسنة 1978 بالمسؤولية الخاصة، وستتناول كل واحد منهما باعتبارهما في حكم المعمارى.

### 1- بائع العقار :

يقصد ببائع العقار في مفهوم المادة السابقة، هو كل شخص تولى بنفسه أو بواسطة آخرين، تشييد عقار دون ارتباط بعقد مقاوله مع رب العمل، ثم قام ببيعه تام الإنجاز لآخر<sup>(1)</sup>. ولقد عالج المشرع الفرنسي حالة قيام مقاول المباني بإنشاء البناء لحسابه الخاص دون أن يرتبط مع أحد بعقد مقاوله، ثم قيامه ببيع العقار بغاية تحقيق الربح، وبذلك يكون المشرع الفرنسي قد وضع حدا للتلاعب الذي ظهر في العمل، حيث كان المعمارىون يتهربون من أحكام المسؤولية الخاصة (العشرية)، بتشبيد المباني لحساب الم الخاص ثم يقومون ببيعها للغير، مستبعدين بذلك شروط تطبيق أحكام المسؤولية العشرية، ومن أهم شروطها : ضرورة وجود عقد مقاوله وبالنتيجة خضوعهم لأحكام عقد البيع وضمانه، ربا من أحكام عقد المقاوله وضمانه العشري، باعتبار أعباء مسؤولية البائع تعتبر خفيفة إذا ما قورنت بمسؤولية المقاول العشرية الخاصة والمشددة، فأضاف في القانون المعدل رقم 3 لسنة 1967 نص المادة 1/1646 التي تقرر سريان أحكام المسؤولية الخاصة المنصوص عليها بالمادتين 1792 و2270 على بائع العقار تحت التشييد.

أما بيع العقار المنجز فقد كان يخضع في ذلك الوقت لأحكام مسؤولية البائع عن المبيع، وبقي الأمر على حاله فترة من الزمن ومن التلاعب من جانب المعمارىين، إلى أن شمله تطبيق أحكام هذه المسؤولية بموجب نص الفقرة الثانية من المادة 1792 المستحدثة في القانون 12 لسنة 1978، حيث قضت "يعد معماريا كل شخص يبيع بعد تمام الإنجاز عملا يكون قد شيده بنفسه أو بواسطة آخرين".

وما يمكن ملاحظته أن المشرع الفرنسي قد أضاف جملة اعتراضية (بعد تمام الإنجاز) هادفا بذلك أن يضع حدا من التلاعب الذي ظهر بعد سريان أحكام المادة 1/1646 التي عاجلت حماية مشتري العقار تحت التشييد دون مشتري العقار التام الإنجاز.

(1) - د. عبد الرزاق يس، المرجع السابق، ص483.

فقد أفسحت هذه المادة للمعماريين مجال التهرب من تطبيق أحكام المسؤولية المعمارية من خلال قيامهم بإنشاء العقارات لحساب الخاص، وبيعها بعد تمام إنجازها تلافياً لبيعها تحت التشييد، وإخضاع هذا التصرف القانوني لضمان عقد البيع وليس لضمان المسؤولية الخاصة بعقد المقاول<sup>(1)</sup>.

وإذا النص يكون المشرع الفرنسي قد سد الذريعة في وجه المتلاعبين وعاملهم بعكس مقصودهم، وأخضع هذه الصورة من صور التعامل لأحكام المسؤولية الخاصة شأنها شأن بائع العقار تحت التشييد. رغم عدم توافر أهم شرط من شروط أعمالها وهو شرط وجود عقد مقاول، واعتبر البائع في هذه الحالة بحكم المعماري الذي يخضع في تصرفه هذا المسؤولية المعماريين وليس لمسؤولية البائع في عقد البيع التي كانت تحكمها المادة 1646 وما بعدها قبل التعديل. وقد استعمل المشرع الفرنسي في النص المذكور عبارة (شيد بنفسه أو بواسطة آخرين) حتى يضمن عدم إفلات أي بائع عقار مشيد من نطاق المسؤولية المعمارية، بحيث يتساوى عملياً في الخضوع لهذه المسؤولية بائع العقار المحترف الذي يحترف مهنة البناء لغاية البيع مع الفرد العادي الذي قد يبيع مسكنه الخاص لأسباب عائلية، قد يكون عدم ملائمة هذا المسكن لظروفه الشخصية أو الأسرية أو غيرها من الأسباب مثل تغيير مكان العمل، والذي يُعتقد أنه لم يفكر المشرع أن يضمه إلى نطاق هذه المسؤولية، بل كان يهدف الأشخاص الذين كانوا يحترفون البناء بقصد البيع<sup>(2)</sup>. ولما كانت المادة 2270 مدني فرنسي، في صياغتها المتتالية، تقضي بأن المدة تبدأ من تاريخ تسلم العمل مقبولاً من رب العمل، فإن من شأن ذلك أن يؤدي إلى نقصان ملحوظ في مدة الضمان، يتزايد باستمرار كلما بعد المدى الزمني بين التاريخين، تاريخ التسلم وتاريخ البيع، مما يجعل المشتري في حيرة بين أن يتمسك بضمان عقد المقاول، أم بضمان عقد البيع<sup>(3)</sup>.

ومن أجل توضيح هذه النقطة نستعين بالمثل الذي جاء به الدكتور عبد الرزاق يس : بنى زيد المقاول عقاراً لحساب عمرو، تسلمه هذا الأخير مقبولاً منه، في 1960/1/1 مثلاً، فمن هذا التاريخ تبدأ مدة الضمان العشري في السريان حيث تنتهي في 1970/12/31.

في 1966/07/01، باع عمرو العقار لبكر الذي لا يبقى له من مدة الضمان العشري سوى 4 سنوات و6 أشهر، فلو فرضنا أن بكرًا هذا قد باع العقار في 1990/09/01 لمشتراً آخر، فإن ما يتبقى لهذا المشتري الأخير من مدة الضمان العشري الذي بدأ في 1980/01/01، هو أربعة شهور فقط، بمعنى أن ضمانه العشري، طبقاً لأحكام عقد المقاول الذي أراد المشرع أن يحميه به في مواجهة البائع قد اقتصر على أربعة أشهر فقط وهي بطبيعة

(1) - د. ياقوت ناجي، المرجع السابق، ص50.

(2) - Malinvaud(ph) et Jestaz(ph), , le droit de la promotion immobilière, 5eme édition ,daloz ,p184-185.

(3) - د. عبد الرزاق يس، المرجع السابق، ص487.

الحال أقل من مدة ضمان العيوب الخفية في عقد البيع، فبأي الضمانين يرى بعض الفقه الفرنسي أنه يجب الجمع في هذه الحالة بين الضمانين معا، ضمان المشيد وضمان البائع، بمعنى أن للمشتري الأخير - في المثال أعلاه - أن يتمسك بالضمان العشري طيلة المدة الباقية منه، ثم بضمان البائع فيما زاد عن هذه المدة، وفي تقديرنا فإن هذا الحل يحقق قصد المشرع الفرنسي.

يضاف إلى ما سبق، صعوبة أخرى يظهرها التطبيق العملي لهذا النص يتمثل في الفرض الذي يكون البائع فيه هو بذاته المقاول الذي قام بتشديد البناء إذ تقوم صعوبة معرفة تاريخ سريان مدة الضمان العشري. والأصل أن تبدأ من تاريخ تسلم العمل مقبولا من رب العمل طبقا لصريح نص المادة 2270 مدني فرنسي، ولكن في فرضنا هذا، المقاول يتبنى العقار لحسابه وليس لحساب شخص آخر فيجتمع فيه، بذلك الصفتان، صفة المقاول، وصفة رب العمل، فهل يتصور واقعة التسلم في هذا الفرض؟ ومن أطرافه؟ وإذا لم يكن هناك تسلم، فمن أي تاريخ تبدأ مدة العشر سنوات في السريان؟ هل من تاريخ إنجاز العمل، أم من تاريخ تسلم المشتري للعقار المبيع؟ .

## (2) الوكيل :

من المعلوم أن كُلاً من عقدي المقاولة والوكالة يردان على العمل، إلا أنهما يختلفان من حيث نوع الأداء محل كل منهما<sup>(1)</sup>، فليس ثمة ما يمنع من أن يكلف الشخص بمقتضى عقد واحد، بأعمال مادية وأخرى قانونية، وهنا تجتمع بالنسبة للمكلف صفتان، صفة المقاول بالنسبة للأعمال المادية، وصفة الوكيل بالنسبة للأعمال القانونية، وتحكمه في صفته الأولى أحكام عقد المقاولة، بينما تسرى عليه بصفته الثانية أحكام عقد الوكالة<sup>(2)</sup>. فهذا هو الوضع الذي كان سائدا حتى صدور القانون رقم 12 لسنة 1978 في 4 جانفي 1978، إلا أن المشرع الفرنسي استغل فرصة ما أسماه بإصلاح المسؤولية والتأمين في مجال أعمال التشييد بالقانون المذكور.

فقد قضت الفقرة الثالثة من المادة 1/1792 من القانون المدني الفرنسي على أنه يعتبر مشيدا لبناء طبقا لمفهوم المادة 1792 مدني (كل شخص يؤدي مهمة مماثلة لمهمة المقاول على الرغم من أنه أداها بصفته وكيلا عن مالك البناء).

يتضح من عبارة هذا النص أن الوكيل الذي يمكن اعتباره في حكم المعماري لغايات تطبيق أحكام

المسؤولية العشرية عليه أن يتوافر فيه شرطان :

(1) - فالأول هو عمل مادي، والثاني هو عمل قانوني.

(2) - د. عبد الرزاق يس، المرجع السابق، ص 490.

**الشرط الأول :** أن يرتبط هذا الشخص مع رب العمل بعقد وكالة صريحة أو ضمنية وأن يكون تصرفه في حدود وكالته.

**الشرط الثاني :** أن يقوم هذا الشخص بأعمال تشبه الأعمال التي يقوم بها المعمارون، كأن يقوم بدور المهندس المعماري بوضع التصميمات اللازمة، أو الإشراف على تنفيذ الأعمال في موقع العمل، أو أن يقوم بالتنفيذ كما هو الحال بالنسبة للمقاول أو يقوم بعملية تمويل مشروع البناء<sup>(1)</sup>.

ويتفق هذا النص مع منهج المشرع الفرنسي في التوسع إلى أقصى حد ممكن في النطاق الشخصي لتطبيق أحكام هذه المسؤولية، ومحاربة كافة الأساليب التي يتدعها الأفراد في مجال التشييد والبناء، من الاستعانة بوسطاء متعددين متسترين تحت أوصاف مختلفة ربا من هذه المسؤولية منتهزا فرصة التعديل التشريعي حتى لا يترك أحدا من الأشخاص الذين شاركوا بدور ما في عملية البناء من الإفلات من أحكام هذه المسؤولية تحت أية صورة من صور الاشتراك<sup>(2)</sup>.

وقد أنكر جانب من الفقه<sup>(3)</sup> على المشرع الفرنسي هذا التطرف في التشدد والتوسيع في النطاق الشخصي لأحكام هذه المسؤولية والذي لا تقتضيه حاجة العمل أو مقتضياته، وخاصة وأن في القواعد العامة ما يغني عن هذا التوسع، فمن المسلم به أنه لا مانع من أن تجتمع في شخص الملتزم عقديا صفتان، صفة المقاول وصفة الوكيل.

**الصفة الأولى :** فيكتسبها لقيامه بالأعمال المادية مستقلا عن رب العمل حيث تسري بشأها أحكام عقد المقاول بما فيها أحكام المسؤولية المعمارية.

**الصفة الثانية :** فإنه يكتسبها بما يؤديه من أعمال قانونية كأن يكون مهندسا أو مقاولا عهد إليه رب العمل بالقيام بتمثيله في إجراء الحسابات أو غيرها من الأعمال القانونية وهنا تسري أحكام عقد الوكالة بالنسبة لهذه الأعمال<sup>(4)</sup>.

وهكذا ودون حاجة إلى هذا النص فإنه يمكن تطبيق أحكام المسؤولية العشرية على وكيل المالك الذي يقوم بمهمة مماثلة بما يقوم به المقاول طالما أن هذا النص اشترط لإعمال أحكامها قيام الوكيل بمهمة هي من طبيعة المهام التي يقوم بها المقاول.

(1) - ياقوت ناجي، المرجع السابق، ص52.

(2) - Malinant (ph)et Jestaz(ph) : op-cit, p187.

(3) - Liet-Veaux : Le droit de la construction, 7<sup>ème</sup> édition, 1982, p350.

(4) - وإذا تعذر التمييز في محل العقد بين الأعمال المادية القانونية، ففي مثل هذه الحالة ينظر إلى العنصر الغالب لتطبيق أحكامه،

أنظر في هذا المعنى : Liet-Veaux, op-cit, p350

### 3) الصانع le fabricant :

تنص المادة 4/1792 ق. م.ف، على أنه يعتبر معماريا طبقا لهذه المادة : "الصانع لعمل، أو جزء من عمل، أو لعنصر تجهيزي فيه صمم وأنتج كي يفني بأغراض خاصة به وفقا لمواصفات دقيقة معينة سلفا، يكون مسؤولا بالتضامن مع المقاول الذي قام بتركيب هذا العمل أو لجزء من العمل أو العنصر التجهيزي فيه عن الالتزامات التي تضعها المواد 1/1792، 2/1792، 3/1792 على عاتق المقاول متى قام بهذا التركيب طبقا للقواعد الموضوعية من قبل الصانع دون إجراء أي تعديل عليها".

ويجمع القفه الفرنسي على أن هذا التجديد من أهم وأكبر التحديدات التي أتى بها المشرع الفرنسي بالقانون رقم 12 لسنة 1978، ذلك أنه رأى (المشرع) مدى تدخل الصناعة الحديثة وما بلغته من تقدم علمي كبير في مجال التشييد والبناء، فأدرك بذلك المشرع عدم كفاية القواعد العامة للمسؤولية سواء كانت عقدية أو تقصيرية، لذلك وجد المشرع الفرنسي نفسه أنه مضطر في عملية البناء والتشييد، خصوصا بعد أن انتشرت فكرة إقامة المساكن -أو الأجزاء منها- سابقة التجهيز بحيث أصبح دور المقاول يقتصر فقط على تركيب أجزاء هذه المساكن، بضم بعضها إلى بعض كما وضعها الصانع في مصنعه، وبذلك تداخل دور الصانع مع المعماري<sup>(1)</sup>.

فمن غير المنطقي التفرقة بينهما بحيث يخضع الصانع للأحكام العامة للمسؤولية من عقدية أو تقصيرية، بينما يخضع المعماري للأحكام الخاصة بالمسؤولية المشددة رغم عدم وجود اختلاف في طبيعة عمل كل منهما يستدعي هذا الاختلاف في المعاملة القانونية.

والصانع المعنيون هم الصناع الذين يشاركون في عملية البناء، وهم على سبيل الحصر : الصانع الذي قام بتصنيع العمل كله كالبناء المسبق الصنع، أو تصنيع جزء منه على أن يكون هذا الجزء من العناصر التأسيسية في البناء، مثل المنافع العامة أو أعمال الأساسات والهياكل والمظلات، وإما تصنيع عنصر تجهيزي فيه بحيث يكون هذا العنصر المصنوع قد صمم وأنتج للوفاء بأغراض خاصة بالعمل، وبشكل عام كل الآلات والأجهزة الميكانيكية والكهربائية التي يقوم المقاول بتثبيتها بحالتها التي سلمت له إليه<sup>(2)</sup>.

ويخرج من فئة الصناع حسب التفسير الضيق لهذا النص صناع المواد الأولية المستخدمة في البناء كالمواد الخام من رمل وحجارة وإسمنت وخشب والمواد النصف مصنعة كالأنابيب والأسلاك، لأن هذه المواد على الرغم من استخدامها في عملية البناء، إلا أنها لا تصمم وتنتج سلفا لكي تفني بأغراض خاصة بالبناء وإنما تنتج لتفني بأغراض متنوعة، وإن كانت الأغراض المعمارية من ضمنها إلا أنها ليست مقصورة عليها<sup>(3)</sup>.

(1) - د. عبد الرزاق يس، المرجع السابق، ص502.

(2) - د. عبد الرزاق يس، المرجع السابق، ص508.

(3) - Malinvand(ph) et Jestaz(ph), op-cit ، p189.

د. عبد الرزاق يس، المرجع السابق، ص508.

أ) شروط إخضاع الصانع لأحكام المسؤولية الخاصة بالتضامن مع المقاول في مواجهة رب

العمل هي :

أولاً : أن يكون الصانع هو الذي قام بتصميم المنتج بناء على مواصفات وأبعاد ونسب حددها هو بالذات، وأن يكون قد قدم المواد التي صنع منها هذا المنتج، أما إذا قام المقاول أو رب العمل بتصميمه (المنتج) وتحديد أبعاده ومواصفاته، وقدم المواد من عنده فإنه (الصانع) لا يكون مسؤولاً بالتضامن مع المقاول بفرض عدم خطئه في التنفيذ وعدم مخالفته للتصميم المقدم له، وقد نصت المادة 1/1792 على ذلك في عبارة : "صممه وأنتجه وفقاً لمواصفات دقيقة معينة سلفاً".

ثانياً : أن يكون المنتج مصمماً كي يفي بأغراض محددة ومعينة مقدماً، فقد ورد في النص عبارة (الصانع لعمل أو لجزء من العمل أو لعنصر تجهيزي فيه، مصمم ومنتج كي يفي في حالة وضعه للخدمة، بأغراض أو متطلبات محددة ومعينة مقدماً كي يكون مسؤولاً بالتضامن...).

ثالثاً : أن يقوم المقاول بتركيب المنتج من قبل المقاول وفقاً للتعليمات التي يضعها الصانع فقد جاءت المادة المذكورة بأن : "الصانع... يكون مسؤولاً بالتضامن عن... مع مؤجر العمل الذي قام باستعمال أي من هذه الأشياء دون تعديل".

رابعاً : يجب أن يتم تركيب المنتج من قبل المقاول وفقاً للتعليمات التي يضعها الصانع، فقد جاءت المادة المذكورة بأن : "الصانع... يكون مسؤولاً بالتضامن عن... مؤجر العمل الذي قام بالتركيب وبالمطابقة للتعليمات الموضوعية من الصانع". وعلى ذلك فإن الصانع لا يستطيع أن يتخلص من هذا الضمان إلا إذا أثبت أن المقاول لم ينفذ العمل أو خالف التعليمات والقواعد الموضوعية من قبله، أو أنه خالف الأصول الفنية العامة والمستقرة في هذا الخصوص إذا لم يكن مرفقاً بالمنتج تعليمات وقواعد التركيب.

فإذا تحققت هذه الشروط فإن المسؤولية العشرية تتحقق في مواجهة الصانع بالتضامن مع المقاول الذي قام بتركيب هذا المنتج وهذا التضامن فرضه القانون في المادة المذكورة آنفاً حيث نصت : "بأن الصانع لعمل... يكون مسؤولاً بالتضامن في مواجهة رب العمل، مع من قام بوضع هذا الشيء في موقعه من البناء، عن الالتزامات التي تثقل هذا الأخير".

ويترتب على هذا التضامن عدم الجواز لرب العمل أو المالك بالرجوع على الصانع وفقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية، إلا إذا تخلف شرط من الشروط السابقة، وفي حالة تخلف أحد هذه الشروط أو جميعها فإن مسؤولية الصانع لا يمكن أن تتعدى وفقاً لقواعد المسؤولية الخاصة، وإنما وفقاً للقواعد العامة في عقد البيع اتجاه الشخص الذي آلت إليه ملكية هذا المنتج سواء كان هذا الشخص رب العمل أو المقاول<sup>(1)</sup>.

(1) - civ 21/10/1979.D.civ.1980.p224. civ 9/10/1979.JCP.19/4/1980.

(ب)-الأشخاص الذين هم في حكم الصانع (المستورد والموزع) :

قضت الفقرة الثانية من المادة 4/1792 من القانون المدني الفرنسي بأن يكون في حكم الصانع بالنسبة لتطبيق أحكام المسؤولية العشرية .

- 1- من يستورد عملا أو جزءا من عمل، أو عنصرا من عناصر التجهيز تم صنعه بالخارج.
- 2- الشخص الذي يقدم هذا المنتج على أساس أنه من صنعه، وذلك بوضع اسمه أو ماركته أو أي علامة مميزة له.

و هذه المادة يكون المشرع الفرنسي قد ذهب بعيدا في توسيع نطاق تطبيق أحكام المسؤولية العشرية، وقدم لرب العمل مدى واسعا من الحماية القانونية في وجه أشخاص ليسوا معماريين، ولم يبرموا معه حتى عقد مقاوله، بل أكثر من ذلك فإن علاقا م م لا تعدو أن تكون قد أبرموا مع المقاول عقد بيع منقولات استوردوها من الخارج أو أظهروا أنفسهم أم صانعوها. وبذلك يقدم المشرع لرب العمل مسؤولا احتياطيا عن الصانع الحقيقي للمنتج في الحالات التي يتعذر فيها عليه التوصل إلى هذا الصانع بسبب عدم معرفته الشخصية له أو بسبب وجوده في بلد قد يختلف نظامها القانوني عن نظام بلد رب العمل، ولتجنيبه كثرة تكاليف الملاحقة القضائية الباهظة<sup>(1)</sup>.

ويعتبر سلوك المشرع الفرنسي في تطبيق أحكام المسؤولية العشرية على مستورد العمل أو العنصر التجهيزي وموزعه، خروجاً منه على القواعد العامة (بوجه عام) التي تعتبر المستورد والموزع إضافة للصانع في المحصلة النهائية بائعين يسألون بمقتضى المسؤولية العقدية (مسؤولية البائع) في مواجهة المقاول المتعاقد مع أي منهم على شراء العمل أو الجزء من العمل أو العنصر التجهيزي بينما لا يسأل أي من هؤلاء تجاه رب العمل إلا وفقا لقواعد المسؤولية التقصيرية إذا تحققت شروطها<sup>(2)</sup>.

4) المرفي العقاري :

تنص المادة 1/1831 من القانون المدني الفرنسي رقم 12 لسنة 1978 : "المرفي العقاري يلتزم في مواجهة رب العمل بموجب عقد تمويل عقاري، و في مقابل أجر متفق عليه بأن يقوم بتشيد بناء أو أكثر إما بنفسه وإما بواسطة الغير، والقيام بجميع الأعمال المادية والتصرفات القانونية والإجراءات الإدارية والعمليات المالية التي تؤدي في النهاية إلى إنجاز البناء"، فقد اعتبر القضاء الفرنسي المرفي العقاري ملتزما بتحقيق نتيجة تتمثل في أن يسلم أو يبيع عقارا مطابقا لقواعد الفن وخاليا من العيوب.

(1) - Malinvand (ph) et Jestaz(ph), Op-cit , p190.

(2) - د. ياقوت ناجي، المرجع السابق، ص58.

أما الفقه الفرنسي فيرى فيه وكيلا اقتصاديا يتولى إقامة بناء أو أكثر عن طريق قيامه بالأعمال الإدارية والقانونية والمالية، وبذلك يضمن تحويل رأسمال النقدي إلى عقار تام الإنجاز ويكسب ملكيته إلى شخص أو أشخاص يطلق على كل واحد منهم متلقي الملكية<sup>(1)</sup>.

ولقد درسنا مفهوم المرقى العقاري سابقا<sup>(2)</sup>، أما عن تطوره التشريعي في فرنسا، فقد خضعت أحكامه المدنية للقواعد العامة في المسؤولية المدنية كعقد في بداية الأمر، وبقي الأمر كذلك إلى أن نظمتها الفقرة الثانية من المادة 1/1831 من القانون المدني رقم 579 لسنة 1971 التي قضت بأن المرقى العقاري يضمن تنفيذ الالتزامات التي تكفلها الأشخاص الذين تعاقدهم باسم رب العمل".

وذا النص يعتبر المرقى العقاري بمثابة كفيل للأشخاص الذين ينفذون البناء بموجب عقود مع رب العمل<sup>(3)</sup>. أما عن ضمان العيوب الخفية فقد عاجلته الفقرة الثالثة المستحدثة في المادة 1/1831 في القانون رقم 649 والتي نصت : "المرقى العقاري يضمن على وجه الخصوص العيوب الخفية...".

وبقي الأمر كذلك إلى أن جاءت المادة الخامسة من القانون رقم 12 لسنة 1978 لتستبدل الجملة الثالثة من المادة 1/1831 بالنص التالي : "ويكون المرقى العقاري على وجه الخصوص مسؤولا عن الالتزامات الناتجة عن المواد 1792، 2/1792 و3/1792، من التقنين المدني". وذا النص يصبح المرقى العقاري مسؤولا شخصيا في مواجهة رب العمل، بعدما أن كان ضامنا أو كفيلا للأعمال التي ينفذها المتعاقدون مع رب العمل، فهو يُسأل بصفته معماريا لا بصفته وكيلا أو ضامنا للمعماريين، أي أصبح مدينا أصليا بالمسؤولية العشرية مثلا مثل المقاول دون أن يتطلب المشرع بالنسبة لهذا الالتزام أي شروط كما فعل بالنسبة للصانع<sup>(4)</sup>.

#### 4) معماري المنزل الشخصي (الخاص) :

تقضي المادة 1/45 من القانون الفرنسي رقم 579 لسنة 1971 "كل عقد، غير عقد التمويل العقاري المنصوص عليه في الباب الرابع من هذا القانون، يلتزم بمقتضاه شخص بتشييد عقار للاستعمال والسكن، أو السكن المهني، لا يتضمن إلا سكنا شخصيا واحدا فقط، وطبقا للتصميم أو الرسم الذي يعرضه بنفسه أو بواسطة الغير على رب العمل يجب أن يحتوي على البيانات الآتية..."، كما نصت المادة 6 من القانون الفرنسي رقم 12 لسنة 1978 بأن الشخص المذكور بالفقرة الأولى من المادة 45 المذكورة أعلاه "يعتبر مشيدا لعمل في مفهوم المادة 1/1792 من التقنين المدني الفرنسي".

(1) - د. عبد الرزاق يس، المرجع السابق، ص541.

(2) - أنظر المسؤولون في الضمان العشري في القانون الجزائري بعد صدور القانون 04/11.

(3) - د. عبد الرزاق يس، المرجع السابق، ص545-546.

(4) - Malinvaud(ph) et Jestaz (PH), Op.cit, p186, Liet, Veaux, Op.cit, p203.

وبذلك تطبق أحكام المسؤولية المعمارية العشرية على هذا النوع من المماريين والمقصود بالمعماري ذا النص، هو ذلك الشخص الذي يرتبط مع رب العمل بعقد محله تشييد منزل خاص له لاستعماله سواء لسكنه أو لسكنه ومهنته، بحيث لا يحتوي العقار المشيد على أكثر من منزل واحد، وأن يبينه وفقا للمخططات المعدة مسبقا سواء من المعماري ذاته، أو من غيره والتي يوافق عليها رب العمل على أن تكون الأرض مملوكة لهذا الأخير، وليس للمعماري، وهذا أهم ما يميز عقد المعماري الخاص عن عقد بائع العقار<sup>(1)</sup>.

ويرى جانب من الفقه الفرنسي<sup>(2)</sup> وهو ما نراه أيضا أن معماري المنازل الخاصة إما أن يكون في مواجهة رب العمل مقاولا وبالتالي يعتبر معماريا طبقا لنص المادة 1-1/1792 وإما أن يكون بائعا لمنزل سابقا التجهيز فيخضع هذه المسؤولية سندا لأحكام المادة 4/1792 أو يكون مرقى عقاري تحكمه الفقرة الأولى من المادة 1831 المعدلة بالقانون رقم 12 لسنة 1978، وبذلك لا داعي للنص على ذلك في المادة 6 من القانون رقم 12 لسنة 1978 هذا التفضيل تعتبره معماريا يخضع لأحكام هذه المسؤولية دون أفراد نص له.

(1)- Boubly ( B) ، la responsabilite et l'assurance des architectes et entrepreneurs et autres constructeurs ,paris ,1991، p58.

(2)- Karila, Op-cit, p402, Malinvaud(ph) et Jestaz(ph), Op-cit, p86.

الفرع الثاني: الأشخاص الدائنون بالضمان (المستفيدون منه) :

لقد تطرقنا في المبحث الأول من هذا الفصل للأشخاص المدنيين هذه المسؤولية والخاضعين لأحكامها، وتستقل الآن لبحث من تقرررت لصالحهم هذه المسؤولية (الدائنين لها)، فالأصل أن رب العمل هو من تقرررت هذه المسؤولية لمصلحته، إلا أن انتقال ملكية العقار من ذمة رب العمل الذي شيد هذا البناء سواء كان خلفا عاما أو خاصا<sup>(1)</sup>. كل ذلك يثير تساؤلا حول انتقال الحق في هذا الضمان، لمن تنتقل إليه ملكية البناء؟ وبالتالي هل يرتبط هذا الضمان بملكية العقار أم بشخص رب العمل؟ كذلك فما مدى تأثير التوسع الذي استحدثه المشرع الفرنسي في الأشخاص المدنيين ذا الضمان والخاضعين لأحكام هذه المسؤولية على الأشخاص الدائنين؟

البند 1) : رب العمل وخلفه :

يعد رب العمل وخلفه العام هم المستفيدون التقليديون من أحكام المسؤولية العشرية بالمهندس المعماري والمقاول، وهذا منذ قيام هذه المسؤولية في نصوص القانون المدني سواء في القانون الجزائري أو المصري أو الفرنسي.

أ) رب العمل :

يقصد برب العمل<sup>(2)</sup> هو ذلك الشخص الذي يشيد البناء أو يقام المنشأ الثابت لحسابه، سواء كان هذا الشخص شخصا طبيعيا أم معنويا خاصا أو عاما<sup>(3)</sup>.

أما في القانون الجزائري فالمشرع الجزائري أطلق عليه مصطلح "صاحب المشروع". فقد عرفته المادة 7 من المرسوم التشريعي 07/94 المتعلق بتنظيم مهنة المهندس المعماري أنه "كل شخص طبيعي أو معنوي يتحمل بنفسه مسؤولية تكليف من ينجز أو يحول بناء على قطعة أرضية يكون مالكا أو يكون حائزا حقوق البناء عليها، طبقا للتنظيم والتشريع المعمول به".

فالأصل أن رب العمل هو الشخص الذي يشيد البناء لحسابه، إلا أنه لا يشترط أن يكون مالكا للأرض التي يقام عليها هذا البناء، فقد يعطي صاحب العمل حق البناء لحسابه الخاص على قطعة أرض لا تعود ملكيتها له<sup>(4)</sup>.

وفي الأحوال التي يكون فيها صاحب العمل شخصا معنويا فإن ممثله هو الذي يبرم العقود ويتولى دعاوى الضمان عنه، إلا في الحالة الذي يتولى فيها هذا الشخص المعنوي التعاقد مع مقاول معين لبناء مساكن يهدف تملكها لفئة

(1) - Libin J.( Edward), La responsabilité des architectes et son assurance, thèse Paris, 1976, p166.

(2) - د. عبد الرزاق يس، المرجع السابق، ص574.

(3) - وقد عرفته لائحة Norme Dfnor في فرنسا بأنه : " le maître de l'ouvrage est la personne physique ou morale pour le compte de qui les travaux ou l'ouvrage sont «exécutés»".

(4) - د. حسين منصور، المرجع السابق، ص40.

من الناس أو لأبناء مهنة أو نقابة. و لذلك فقبل تسليمهم الشخص المعنوي الأبنية للمستفيدين تسليمًا ثانياً فإن هذا الشخص (أو سسة أو جمعية تعاونية أو نقابة أو شركة) هو الذي يباشر دعوى الضمان ضد المهندس والمقاول، أما بعد التسليم للمستفيدين فيمكن لكل مستفيد وضع يده على حدة من وحدات هذا المشروع أن يباشر هذه الدعوى بنفسه أو من خلال ملاك العقار إذا تم تشكيل الاتحاد<sup>(1)</sup>.

### (ب) الخلف العام :

تنص المادة 108 ق.م.ج : "ينصرف العقد إلى المتعاقدين والخلف العام، ما لم يتبين من طبيعة التعامل أو نص القانون، أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام، كل ذلك مع مراعاة القواعد المتعلقة بالميراث". ومقتضى إنصراف آثار العقد إلى الخلف العام هو أن الحقوق التي ينشئها العقد تنتقل إلى الوارث أو بعبارة أدق إلى الخلف العام بعد موت المورث المتعاقد وبالتالي فإن جميع الحقوق التي يربتها عقد المقاوله لرب العمل تنتقل بعد موته إلى الورثة<sup>(2)</sup>.

وطالما أن الضمان العشري يعتبر من أهم الحقوق المترتبة على عقد مقاولات المباني فإنه بانتقال هذه المباني والمنشآت من رب العمل بعد موته إلى ورثته محملة بنفس الحقوق، ويترتب على ذلك أنه إذا حدث دم كلي أو جزئي، أو ظهر بالعقار المشيد عيب يهدد سلامته ومثانته خلال مدة العشر سنوات من يوم تسلم رب العمل المتوفي للعمل المعماري فإن الحق في مباشرة دعوى الضمان العشري يكون من اختصاص الخلف العام لرب العمل الذين يتأسسون كمدعين في دعوى المسؤولية العشرية، في مواجهة المقاول والمهندس المعماري باعتباره أن هذه الدعوى من الحقوق التي رتبها هذا العقد لسلفه تنتقل إليه تابعة لانتقال ملكية العقار<sup>(3)</sup>.

غير أنه ما يمكن ملاحظته بالفقرة الثانية من المادة 108 ق.م.ج أ ما نصت على عدم انصراف آثار العقد إلى الخلف العام إذا تبين من طبيعة التعامل أو من نص القانون على ذلك الأمر الذي يؤدي بنا إلى طرح السؤال التالي، هل يجوز أن يتفق رب العمل مع المهندس المعماري أو المقاول بعدم انصراف أو انتقال دعوى الضمان العشري إلى الورثة إذا حدث وفاة رب العمل خلال مدة الضمان العشري؟

(1) - د. حسين منصور، المرجع السابق، ص40، د. شكري سرور، المرجع السابق، ص189، ود. عبد الرزاق يس، المرجع السابق، ص577-578.

(2) - كذلك نص المشرع على حق مباشرة رفع دعوى الضمان إلى الخلف بموجب المادة 2/178 من القانون رقم 07/95 : "ويستفيد من هذا الضمان صاحب المشروع وملاكه المقتاليين إلى غاية انقضاء أجل الضمان".

(3) - د. عبد الرزاق يس، المرجع السابق، ص588.

إن المتعاقدين لا يمكنهم أن يتفقوا على عدم انتقال دعوى الضمان العشري إلى الخلف العام، لأن معنى ذلك هو إعفاء للمهندس والمقاول من الضمان العشري وذلك بصريح المادة 556 من القانون المدني التي جعلت هذا الاتفاق يقع باطلا بطلانا مطلقا لأن فيه إعفاء للملتزمين بالضمان أو الحد منه الأمر المحظور بنص القانون.

(أ) الخلف الخاص : (مشتري العقار)

الخلف الخاص هو من يخلف الشخص في عين معينة بالذات، أو في حق عيني أو شخصي عليه، كالمشتري يخلف البائع في العين المباعة، أو الخال له يخلف الخليل في الحق الخال به، والموصى له يعين في التركة، والموهوب له وغيرهم...<sup>(1)</sup>.

يجمع الفقه المصري على حق الخلف الخاص لرب العمل في إقامة دعوى الضمان المعماري ضد كل من المهندس والمقاول، متضامنين أو منفردين في حالة التهدم الكلي أو الجزئي في البناء أو ظهور عيب فيه يهدد متانته وسلامته خلال مدة الضمان، وذلك على اعتبار أن هذه الدعوى تابعة للبناء تنتقل مع ملكيته في أي يد وجد، باعتبارها تحمي الحق في ضمانه الملحق به، دو نما حاجة إلى نص صريح على ذلك في العقد<sup>(2)</sup>.

وقد أسست محكمة النقض الفرنسية هذا الحكم المستقر في قضائها على أساس أن الحق في الرجوع بالضمان المعماري على المقاول والمهندس فيما يظهر في المبنى من عيوب يعد بمثابة حماية قانونية مرتبطة بملكية المبنى المشيد ارتباطا وثيقا وغير مرتبطة بشخص رب العمل وحده دون غيره من الأشخاص الآخرين الذين يمكن أن تنتقل إليهم ملكية هذا البناء، لأن هذا الحق يتبع العقار المبيع، باعتباره مرتبطا وملحقا به طوال مدة الضمان الخاص وأن المالك الحالي للعقار هو الشخص الوحيد الذي يكون في مقدوره اكتشاف مدى متانته وسلامته وحسن تنفيذه<sup>(3)</sup>.

أما في التشريع الجزائري فإن انتقال الحق في الضمان العشري إلى الخلف الخاص (المشتري) لرب العمل، تجد سندها القانوني في نص المادة 2/178 من القانون 07/95 المتعلق بالتأمينات.

(1) - د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج1، مصادر الالتزام، طبعة 1964، ص596 إلى 605.

(2) - د. لبيب شنب، المرجع السابق، ص24، د. ياقوت ناجي، المرجع السابق، ص75-78.

(3) - Civ.28/11/1967.D.civ.P163, civ23/3/1968, Bul civ. 1968.3.n°.13,p104, Karila, Op.cit, p45.

البند 2): المشكلات الناشئة عن تحديد المشتري :

إن مبدأ ارتباط دعوى الضمان لملكية العقار وتبعيتها، قد أظهرت في الواقع العملي مشكلتان هما حالة البيع الإيجاري، وحالة ملكية الطوابق، أو ما يسمى بالملكية المشتركة.

الحالة الأولى : حالة البيع الإيجاري (المشتري - المستأجر)

ذكرنا أن الضمان المعماري مقرر لمصلحة رب العمل أو من آلت إليه ملكيته كونه خلفا عاما أو خاصا، وبذلك لا يستطيع مستأجر البناء الذي ظهر به عيب معتبر قانونا، مباشرة دعوى الضمان لأنه لا يعدو أن يكون دائما شخصا إلا أن المشكلة تثور في الواقع العملي الذي فرض نفسه بشكل كبير مع ظهور عقد البيع الإيجاري الذي يتمثل في عقد إيجار من جانب المالك مقترنا بعقد وعد بالبيع، أما في جانب المتعاقد الآخر، فهو عقد إيجار لا يلبث أن يتحول إلى بيع فعلي، ومن ثم تنتقل ملكية العقار إليه بسداده لآخر قسط من الثمن. وقد نص المشرع الجزائري على هذا النوع من البيوع من جانب الدولة حيث انتشر انتشارا كبيرا في الحياة العملية يهدف إلى القضاء على أزمة السكن، فعرفته المادة الأولى بمقتضى الأمر رقم 01/105 بأنه : "صيغة تسمح بالحصول على مسكن بعد إقرار شرائه بملكية ثابتة بعد انقضاء مدة الإيجار المحددة في إطار عقد مكتوب)، وكذلك في نص المادة 363 ق.م.ج : "... وإذا وفي المشتري جميع الأقساط يعتبر أنه يملك الشيء المبيع من يوم البيع، تسري أحكام الفقرات الثلاثة السابقة حتى ولو أعطى المتعاقدان للبيع صفة الإيجار". وتكون العلاقة ما قبل انتقال ملكية العقار بسداد القسط الأخير، هي علاقة مؤجر بمستأجر، فلا يترتب عليها سوى التزامات شخصية.

فإذا حدث دم كلي أو جزئي للبناء، أو ظهر به عيب معتبر خلال مدة الضمان المعماري، فهل يملك المشتري المستأجر أن يرفع مباشرة دعوى الضمان على المهندس والمقاول ؟ لدى طرح هذه المشكلة على محكمة النقض الفرنسية عام 1967 ميزت في الحل بين ما إذا كان المشتري المستأجر لحظة قيام موجب الضمان قد أصبح مالكا للعقار بسداد القسط الأخير من ثمنه أم لا يزال مستأجر، ولم تنتقل الملكية إليه بعد، أي أنه ما زال في سداد الأقساط ؟ فإذا توافرت في جانبه الحالة الأولى صار من حقه الاستفادة من قواعد الضمان العشري، ورفع دعوى الضمان العشري على معماري العقار.

أما إذا كانت حالته الثانية، أنكرت عليه هذه الاستفادة، أي لا يملك رفع مثل هذه الدعوى ويسري عليه ما يسري على الدائنين العاديين لرب العمل أو البائع<sup>(1)</sup>

(1) - Civ.24/10/1967.JCP.1968-2-P15360.

الحالة الثانية : الملكية المشتركة

لقد انتشرت في الوقت الراهن ظاهرة الملكية المشتركة للبناء الواحد، وخاصة في مجال الأبنية والمحلات المخصصة للسكن بما يعرف بملكية الشقق والطبقات، الأمر الذي يؤدي بنا إلى طرح التساؤل عما تكون له الصفة القانونية في هذا الفرض لرفع دعوى الضمان العشري على المشيد سواء كان مقاولا أو مهندسا معماريا في حماية سقوط أو هلاك الأجزاء المشتركة ؟

إن هذه الحالة وإن لم تخرج عن القاعدة العامة وهي ارتباط دعوى الضمان العشري بالملكية وحيثما سارت هذه الملكية يسير معها الضمان، وترفع بشأها دعوى الضمان من المالك الجديد، غير أن ما يدعوننا إلى تفصيل هذا الجانب هو الأزواج في الاختصاص بالملكية فيها<sup>(1)</sup>.

وقد نظم المشرع الجزائري الملكية المشتركة في أحكام المواد 734 إلى 772 من القانون المدني، فعرفته المادة 743 ق.م.ج "الملكية المشتركة هي الحالة القانونية التي يكون عليها العقار المبني أو مجموعة العقارات المبنية، والتي تكون ملكيتها مقسمة حصصا بين عدة أشخاص تشمل كل واحدة منها على جزء خاص ونصيب في الأجزاء المشتركة".

كما بينت المادة 744 ق.م.ج الأجزاء الخاصة التي يستقلها كل مالك لوحده وبينت المادة 745 ق.م.ج، الأجزاء المشتركة المبنية وغير المبنية والتي يملكها على الشيوع كافة الملاكين المشتركين، مثل المداخل والرواق الخارجي والاسلام والجدران الأساسية، والمحلات المستعملة للمصالح المشتركة إلى غير ذلك من الأجزاء التي يشترك فيها الملاك. كذلك نص المشرع على الملكية المشتركة بالقانون 666/83 المعدل والمتمم بالمواد 6/24، 26 من المرسوم التشريعي 03/93 والمنظم حاليا بالمرسوم التنفيذي 99/14<sup>(2)</sup> تطبقا للمادتين 38 و 61 من القانون 04/11.

ويمكن أن نستخلص من هذه النصوص في مجموعها أن دعوى الضمان العشري تثبت لجماعة الشركاء ممثلا في المتصرف حين يكون الخلل الموجب للضمان العشري قد لحق بالأجزاء المشتركة من البناء، بما يخل بحسن الانتفاع هذه الأجزاء وبالتالي يجوز للمتصرف رفع دعوى المسؤولية العشرية على المقاول أو المهندس عند دم أو تصدع الأجزاء المشتركة الموضوعة لانتفاع باقي الشركاء.

أما بالنسبة للشريك في الملكية المشتركة فلا يجوز له رفع دعوى الضمان العشري على خلل أصاب جزء مشترك لانعدام صفته، وإن كان له رفع دعوى الضمان عن جزء خاص باستعماله الشخصي وهي الحصة المقررة له.

(1) - د. عبد الرزاق يس، المرجع السابق، ص 607.

(2) - المرسوم التنفيذي 99/14 الصادر في 9 مارس 2014 المحدد للنموذج نظام الملكية المشتركة في الترقية العقارية المنشور في الجريدة الرسمية عدد 14 الصادرة بتاريخ 16 مارس 2014.

بالرجوع إلى نص المادة 25 و 26 من القانون 04/11، حيث نص المشرع على كيفية من كيفية البيع في مجال الترقية العقارية دون أن يفصل أحكامها، وهي بيع العقار المبني الذي ذكر في نص المادة 25 بوصفها نص جامع لكيفيات البيع، وخصه بالمادة 26 من حيث مضمونه بقوله : "عقد بيع عقار مبني هو كل عقد رسمي يحول بموجبه المرقي العقاري، مقابل تسديد السعر من طرف المقتني الملكية التامة والكاملة للعقار المبني موضوع الصفقة".

المطلب الثاني : شروط تطبيق الضمان العشري :

حتى تقوم المسؤولية العشرية أو الضمان العشري، لا بد من أن تكون الأعمال التي يؤديها المشيد من قبيل المباني أو المنشآت الثابتة، وأن تتهدم أو يظهر ما عيب على درجة كبيرة من الأهمية وأن يقع هذا التهدم أو يظهر العيب خلال مدة عشرة سنوات التالية لتاريخ تسلم الأعمال، وأن ترفع دعوى الضمان خلال مهلة معينة. لذلك يقتضي لدراسة شروط تطبيق الضمان العشري أن نتطرق أولاً للشروط الموضوعية وذلك في المطلب الأول، ثم نتكلم عن الشروط الشكلية في المطلب الثاني.

الفرع الأول : الشروط الموضوعية

من خلال نص المادة 554 ق.م.ج والمقابلة لنص المادة 651 ق.م.مصري والمادتين 1792 و2270 ق.م.ف أن تكون أعمال المقاول والمهندس المعمارية واردة على المباني وأن يتهدم البناء أو يظهر فيه عيب على درجة من الخطورة، فمن المفيد أن نقسم هذه الدراسة إلى نقطتين أولهما للأعمال والثانية للأضرار.

البند الأول : الأعمال

لا يمكن مسألة المشيد وفقاً للضمان العشري، إلا إذا كانت الأعمال التي أداها واردة على المباني أو المنشآت الثابتة الأخرى دون سواها.

أ) المباني :

يقصد بالمباني في هذا الشأن، كل ما يرتفع فوق سطح الأرض من منشآت ثابتة من صنع الإنسان، بحيث يستطيع الفرد أن يتحرك بداخلها، وأن يكون من شأها أن توفر له حماية ولو جزئية ضد المخاطر الناتجة عن المؤثرات الطبيعية الخارجية<sup>(1)</sup>.

أما العقارات بالتخصيص فلا تعتبر من قبيل المباني، وبالتالي تخرج من نطاق تطبيق الضمان العشري مثل الأبواب والنوافذ والأجهزة الكهربائية والميكانيكية اللازمة لتوزيع المياه الباردة والساخنة، والتي لا تكون مثبتة في

(1) - د. ياقوت ناجي، المرجع السابق، ص 82-83 وللمزيد من المعلومات حول مفهوم المباني أنظر الصفحة 128 وما بعدها من هذه الرسالة.

قلب الجدران، أو السقف بحيث لا يمكن نقلها دون تلف ومع ذلك فإن القضاء الفرنسي اعتبر بعض المنقولات في حكم المبنى وأخضعها لأحكام المسؤولية العشرية، من ذلك المصاعد الكهربائية وأجهزة التدفئة<sup>(1)</sup>.

### (ب) المنشآت الثابتة الأخرى غير المباني :

يذهب الفقه الحديث المصري والفرنسي أن أعمال البناء التي تغطيها المسؤولية الخاصة للمهندس المعماري والمقاول يمكن أن تتعلق بغير المباني من المنشآت الثابتة الأخرى ومن أمثلة ذلك أعمال إنشاء الجسور، القناطر، السدود، الخزانات، الأنفاق، المقابر، السكك الحديدية والمزلقات<sup>(2)</sup>.  
أما المشرع الجزائري فقد نص في المادة 554 ق.م.ج أن الأعمال التي يقوم عليها الضمان لا ينحصر فقط في المباني، وإنما تمتد حتى إلى الأعمال التي تتعلق بالمنشآت الثابتة الأخرى.

### البند 2: الأضرار الموجبة للضمان

تقضي المادة 554 ق.م.ج بفقرتها الأولى "يضمن المهندس المعماري والمقاول متضامين ما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم كلي أو جزئي فيما شيداه من مبان أو أقاماه من منشآت ثابتة...".  
وتعقبا على ما سبق فإن مسؤولية المقاول والمهندس لا تغطي جميع الأضرار، بل إن الضرر المراد تغطيتها هذه المسؤولية هو الضرر الذي يتمثل في التهدم الكلي أو الجزئي في البناء أو المنشأ كما يتمثل في العيب الذي يهدد متانة البناء وسلامته. ولتوضيح هذا سنفصله في نقطتين مستقلتين حالة التهدم الكلي أو الجزئي، ثم العيب الذي يهدد متانة البناء وسلامته.

### (أ) حالة التهدم الكلي أو الجزئي :

إن دم البناء<sup>(3)</sup> سواء الكلي أو جزئي هو أهم وأوضح صور العيوب التي قد تلحق بالبناء ويترتب عليها ضرر بالغ بصاحب العمل.

(1) - عياشي شعبان، "الضمان العشري لمهندس ومقاولي البناء في القانون المدني الجزائري" رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، سنة 1989، ص 49.

(2) - د. ياقوت ناجي، المرجع السابق، ص 88-89.

(3) - لتعريف دم البناء، أرجع إلى الصفحة 132.

أسباب تهدم البناء :

إن دم البناء يرجع بلا شك إلى عدة أسباب، فقد يكون السبب راجعا إلى الأرض نفسها التي أقيم عليها البناء أو المنشأ، كأن تكون غير صالحة للبناء بسبب طبيعتها الجيولوجية أو التكوينية وهذا ما نصت عليه المادة 554 ق.م.ج "بأن مسؤولية المقاول والمهندس تتحقق ولو كان التهدم راجعا إلى عيب في الأرض نفسها" ولعلّ السبب في إقرار مسؤولية المقاول والمهندس عن دم البناء كليا أو جزئيا بسبب عيب الأرض ذا ما هو أن هذا السبب من الممكن أن يلجأ إليه المقاول والمهندس للتخلص من المسؤولية على اعتبار أن الأرض تعتبر سببا أجنبيا لا يد للمقاول و المهندس فيه لذلك جاء النص صريحا على قيام مسؤوليتهما في حال دم البناء بسبب يرجع إلى عيب في الأرض المقام عليها البناء.

إذاً، تبقى مسؤولية المقاول والمهندس قائمة في حال إن كان التهدم راجعا إلى سبب في الأرض ذا ما ولو رضي صاحب العمل وقبل هذا العيب، حيث أن هذا الرضى لا يعتد به، ولعل الحكمة من ذلك أن المقاول والمهندس كلاهما من أهل الخبرة والفن والاختصاص، ويعرفان ما قد ينتج من آثار مستقبلا على هذا البناء والعمل غالبا ما يفتقر إلى هذه المعرفة والخبرة الفنية الدقيقة.

كما قد يكون سبب التهدم في الغالب راجعا إلى عيب في التصميم<sup>(1)</sup> ذاته، وذلك بسبب عدم مراعاة الأصول الفنية والهندسية والمعمارية.

وكما قد يكون سبب التهدم راجعا إلى عيب في المواد التي استعملت في البناء كأن تكون غير مطابقة للمواصفات والشروط المنصوص عليها في العقد، أو أن تكون من جودة رديئة، أو قد تكون المواد التي استخدمت غير صالحة "الرطوبة مثلا"، فعندها بلا شك، تقوم مسؤولية المقاول والمهندس تجاه صاحب العمل في حالة حدوث دم كلي أو جزئي، حتى لو كانت المادة المعنية قد قدمها صاحب العمل حيث لا يعفى المقاول أو المهندس من هذه المسؤولية<sup>(2)</sup>. وأخيرا قد يكون السبب في دم البناء هو العيب في عملية التشييد ذا ما كأن تكون الجسور والجدران غير كافية لإقامة البناء أو مخالفة للأصول الفنية عند تنفيذ الأساسات أو وضع مواسير المياه<sup>(3)</sup>، أو عدم إحكام ربط قضبان حديد التسليح بحيث يترتب على ذلك أن تكون أجزاء البناء غير مترابطة وعليه تكون غير قادرة على حمل بعضها البعض وبالتالي حدوث التهدم.

(1) - سواء كان هو من قام بتصميم، فيكون مسؤول، كما قد يضعه شخص آخر غير المهندس كالمقاول أو صاحب العمل، وعليه، فإن واضع التصميم هو المسؤول عن عيوب تلك التصميمات، أنظر أكثر بالتفصيل، د. عبد القادر الشهاوي، المرجع السابق، ص163.

(2) - د. حسين منصور، المرجع السابق، ص104، ص165.

(3) - د. حسين منصور، المرجع السابق، ص104، ص165.

**ب) حالة العيب الذي يهدد متانة البناء وسلامته :**

يسلم الفقه التقليدي بالإجماع بأن الضرر الذي يدخل في نطاق تطبيق المسؤولية العشرية لا بد أن يكون راجعا في أصله إلى عيب في البناء أو في الأرض التي أقيم عليها هذا البناء، وأن هذا العيب ذاته يجب أن يكون خفيا وغير معلوم من رب العمل.

و يقصد بالعيب، الخلل الذي يصيب المباني أو المنشآت الثابتة والذي تقتضي أصول الصناعة وقواعد الفن خلوها منه، ولا يعتبر الخلل عيبا في البناء، إلا إذا كان هذا الخلل راجعا في مصدره إلى فترة إقامة البناء<sup>(1)</sup>. وحتى يُعتد **بالعيب** لا بد من توفر شروط معينة وهي :

**الشرط الأول : خطورة العيب**

يجب أن يكون من شأن العيب ديد متانة البناء وسلامته، والسبب في ذلك هو أن المشرع لم يقتصر في أحكامه على حدوث التهدم الكلي أو الجزئي لتطبيق أحكام الضمان العشري بل امتدت لتشمل كل ما يلحق بالبناء المشيد من عيوب، وإن لم تجعله يتهدم (كليا أو جزئيا) بل يكفي أن تكون على درجة من الخطورة لا يستهان بها بحيث دد متانة البناء وسلامته وهذا ما استقر عليه الفقه.

ويجب ألا يقتصر الأمر على العيوب التي دد المتانة (solidité) أو السلامة بالمعنى الضيق كتلك التي تمس الأساسات والسقف، بل يجب أن يمتد الضمان للعيوب التي دد حفظ البناء فإما تؤثر بطريق غير مباشر على متانة البناء، وذلك مثل العيوب التي تظهر في توصيلات المياه والصرف<sup>(2)</sup>، ولا يشترط في العيب أن يهدد البناء ككل، بل يمكن أن يقتصر على جزء منه، ويمتد القضاء الفرنسي الضمان العشري إلى العيوب التي من شأنها أن تجعل البناء غير صالح للغاية التي أعد من أجلها<sup>(3)</sup>.

أما ما عدا ذلك من العيوب، فلا تدخل في دائرة الضمان كتلك التي تتعلق بدهان الأبواب والنوافذ وأعمال الزينة وورق الحائط إلى غير ذلك<sup>(4)</sup>.

ومسألة مدى اعتبار العيب مهددا لسلامة البناء أم لا مسألة واقع يختص بتقديرها قاضي الموضوع وفقا لظروف كل حالة على حدة لما له من سلطة تقديرية على الواقع ومستعينا برأي الخبراء في هذا المجال<sup>(5)</sup>.

(1) - د. ناجي ياقوت، المرجع السابق، ص 97.

(2) - د. حسين منصور، المرجع السابق، ص 125.

(3) - د. حسين منصور، المرجع السابق، ص 125.

(4) - د. ناجي ياقوت، المرجع السابق، ص 121.

(5) - د. شكري سرور، المرجع السابق، ص 224.

الشرط الثاني : خفاء العيب

يجمع الفقه على أنه يشترط لتحقيق الضمان العشري أن يكون العيب خفياً بحيث لا يكون في استطاعة رب العمل اكتشافه وقت التسلم.

أما إذا كان ظاهراً ومعروفاً فلا يسأل المقاول والمهندس عنه ما دام صاحب العمل قد تسلم البناء من غير أن يحتفظ بحق له<sup>(1)</sup>.

غير أنه في القانون الجزائري لم ينص المشرع الجزائري في نص المادة 554 ق.م.ج على اشتراط خفاء العيب عن رب العمل عند التسلم، كذلك في القانون الفرنسي، لا يوجد نص يشير صراحة إلى ضرورة شرط الخفاء، إلا أنه قد جاء في أحد أحكام محكمة النقض الفرنسية أنه لقبول دعوى الضمان العشري يجب أن يكون العيب المدعي في البناء خفياً، بحيث لا يستطيع صاحب البناء اكتشافه وقت التسليم، أما إذا كان ظاهراً أو معروفاً فلا يسأل عنه المقاول ما دام رب العمل قد تسلم البناء من غير أن يحتفظ بحق له

(1) - د. حسين منصور، المرجع السابق، ص128.

الفرع الثاني: الشروط الشكلية (شرط المدة التي يجب أن يتحقق خلالها الضرر) :

لا يكفي لرجموع رب العمل أو المالك على مشيد البناء على المسؤولية العشرية أن تكون الأعمال من قبيل المباني أو المنشآت الثابتة، وأن تتضرر هذه الأعمال، بل يجب أن يحدث هذا الضرر خلال مدة معينة. والمدة التي يجب أن يتحقق فيها الضمان، هي بحسب الأصل عشر سنوات، لذلك يثور التساؤل عن الوقت الذي تبدأ فيه هذه المدة في السريان (البند1)، وعن طبيعتها القانونية (البند2).

البند 1 : تحديد بداية الضمان

تنص المادة 2/554 ق.م.ج أن مدة الضمان (عشر سنوات) تبدأ من تاريخ تسلم الأعمال، ولكن المشرع لم يوضح ما هو المقصود بتسليم الأعمال، مثله في ذلك القانون المدني الفرنسي.

أ) المقصود بتسليم الأعمال :

يذهب الفقه إلى أن التسليم يشتمل على معنى أوسع عما هو عليه في البيع والإيجار، فالتسليم بمعناه المؤلف الاستيلاء على العمل من قبل رب العمل بعد أن وضعه المقاول تحت تصرفه بحيث لا يوجد عائق من الاستيلاء عليه، وهذا هو الاستيلاء المادي كما في البيع والإيجار، بالإضافة إلى هذا المعنى فقد أضاف الفقه معنى زائد يتمثل في تقبل العمل والموافقة عليه بعد فحصه، وهذا المعنى الزائد تقتضيه طبيعة المقابلة. و يؤكد جانب من الفقه هذا المعنى إذ جعل من قبول العمل التزاما مستقلا عن الالتزام بالتسليم يقع على عاتق رب العمل، حيث يرى أنه لا يلتزم رب العمل فقط بتسليم العمل الذي يقوم به المقاول تنفيذا لتعاقدتهما بل يلتزم أيضا بقبول هذا العمل الذي يقوم به المقاول تنفيذا لتعاقدتهما، ويقصد بذلك أن يقوم صاحب العمل بمعاينة العمل والتأكد من مطابقته للمواصفات المتفق عليها وكما توجبه أصول الفن، وإقراره بأنه قد تم صحيحا<sup>(1)</sup>.

أما في القانون الجزائري فقد عرفه المشرع الجزائري في القانون 04/11 في الفقرة الأخيرة من المادة الثالثة على أنه "محضر يتم إعداده والتوقيع عليه بين المرقى العقاري والمقاول بعد انتهاء الأشغال"، من خلال هذا النص يتبين لنا أن المشرع الجزائري في القانون 04/11 لم يعطي تعريفا لعملية الاستلام، ولكنه اكتفى ببيان القلب الذي يصب فيه قانونا، أي المحضر، تاركا تحديد بياناته للأطراف الموقعة عليه.

وتاريخ التسليم كتاريخ لبدء سريان مدة الضمان لا يثير خلافا إذا كان التسليم صريحا فهذا التاريخ مثبت عادة في محضر التسليم والتسليم الذي يتم بين المهندس والمقاول من جهة، وبين رب العمل من جهة أخرى، هذا إذا تم التسليم

(1) - د. لبيب شنب، المرجع السابق، ص195.

صريحاً، أما في حالة التسلم الضمني بأن يضع رب العمل يده عليه، فإنه يمكن إثبات أن رب العمل قد تقبله دون تحفظ بأية طريقة الإثبات بما في ذلك البينة، والقرائن ومن هذه القرائن تاريخ تسوية الحسابات التي يقدمها المقاول إلى رب العمل<sup>(1)</sup>، و يقع عبئ إثبات تاريخ التسلم على عاتق رب العمل لأنه هو المدعي بالضمان وهو المستفيد من تطبيق قواعده.

وإذا تسلم العمل على دفعات بحسب ما تم إنجازه من الأعمال فيعتد بتاريخ تسلم الدفعة الأخيرة كتاريخ لبدء سريان مدة الضمان إذا كان العمل لا يمكن تجزئته ولا يوجد شرط مانع في العقد. أما إذا كان يمكن تجزئة العمل بحيث لا يوجد ارتباط بين أجزائه، فإن مدة الضمان تبدأ في السريان من تاريخ تسلم كل جزء على حدة بالنسبة إلى هذا الجزء.

وفي حالة التسلم المزدوج، أي تسلم العمل على مرحلتين : المرحلة الأولى يكون فيها التقبل مؤقتاً ويستمر مدة معينة عادة ما تكون هذه المدة عاما واحداً، والهدف من هذا التسلم هو تمكين رب العمل من معاينة العمل معاينة دقيقة تسمح له بالتأكد من مطابقتها للمواصفات والكشف عن العيوب التي لا يمكن الكشف عنها إلا بالاستعمال لفترة من الزمن، إضافة لاستجابة المقاول خلال هذه المدة لما يبيده رب العمل من ملاحظات أو تحفظات بشأن ما يلاحظه من عيوب، ثم يصبح التسلم بانتهاء هذه المدة تسليماً دائماً<sup>(2)</sup>.

ويشير التسلم المزدوج التساؤل عن اعتبار بدء مدة الضمان، وهل يجب أن تحتسب من تاريخ التسلم المؤقت أم من تاريخ التسلم النهائي ؟

لقد ذهب القضاء الفرنسي مؤيداً من غالبية الفقه الفرنسي والمصري على السواء إلى أن مدة الضمان العشري تبدأ من تاريخ التسلم النهائي؛ لأن هذا التسلم هو الذي يفيد القبول التام وفقاً لإرادة المتعاقدين المشتركة كما قضى بأن التسلم المقترن بتحفظات لا يمكن اعتباره تسليماً حقيقياً كاملاً بل يتأخر تاريخ التسلم المعتبر تاريخاً لبدء الضمان الخاص إلى حين إجابة هذه التحفظات وحصول التسلم النهائي.

وبقي الأمر كذلك إلى أن قنن المشرع الفرنسي التسلم، فعدل عن نظام ازدواجية التسلم لما أثاره من مشكلات في العمل، فنصت المادة 2270 من القانون 12 لسنة 1978 : "كل شخص طبيعي أو اعتباري تنعقد مسؤوليته بمقتضى المواد 1792، 2/1792، بعد عشر سنوات تحسب من تاريخ تسلم الأعمال مقبولة". كذلك نص المادة 9/1792 "إن تقبل رب اعمل يقصد به التصرف الذي يعلن فيه تقبله العمل سواء بتحفظ أو بدون تحفظ".

وبذلك لقد وضع المشرع الفرنسي حلاً لهذه المشكلة باعتداده بتاريخ تسلم الأعمال، لا فرق في ذلك إذا كان مشفوعاً أم غير مشفوع بتحفظات، واضعاً حداً للجدل الذي كان دائراً حول التسلم المؤقت أو التسلم النهائي.

(1) - د.عبد الرزاق يس ، المرجع السابق ، ص339 و مابعدھا .

(2) - د.عبد الرزاق يس ، المرجع السابق، ص357 وما بعدها .

ب) الفرق بين التسليم والتسلم :

إن عملية التسليم *la livraison*، التزام يقع في ذمة المقاول يلتزم بموجبه وضع المنجزات تحت تصرف رب العمل فور إنائها، بحيث يتمكن من الاستيلاء عليها والانتفاع بها دون عائق، دونما اشتراط لوضع اليد عليها من طرف رب العمل<sup>(1)</sup>.

وأما عن الاستلام *la réception*، فهو الالتزام المقابل للتسليم، يترتب في ذمة من كان دائما بالتنفيذ (رب العمل) بأن يضع يده على العمل بتحفظات أو بدو ما، مع تنفيذ توابعه من الآثار، فلا يتصور حصول الإستلام من دون تسليم، ذلك أنه يكون دائما لاحقا عليه ومرتبئا به.

ج) إشكالية امتناع رب العمل عن تسلم الأعمال المنجزة :

إن الوضع المألوف هو أن يتم التسليم بشكل ودي في العلاقة بين المقاول ورب العمل، غير أننا نجد في بعض الأحيان نزاع حول هذه النقطة.

ومن أجل هذا، نص المشرع الجزائري في نص المادة 558 ق.م.ج على "إذا امتنع رب العمل دون سبب مشروع عن التسلم رغم دعوته إلى ذلك بإنذار رسمي اعتبر أن العمل قد سلم إليه، ويتحمل كل ما يترتب على ذلك من آثار"<sup>(2)</sup>.

ويقابل هذا النص في القانون الفرنسي المادة 6/1792 من قانون 4 جانفي 1978 من أن "التسليم يتم بناء على طلب الطرف صاحب المصلحة في التعجيل به، وذلك بشكل ودي وإلا فقضائي.....".

إن المشرع الجزائري، قد اعتبر رب العمل مستلما للعمل المنجز من طرف المقاول الذي قد نفذ التزامه بإنجاز البناية وتسليمها في الأجل المتفق عليه، مع شرط توجيه إنذار رسمي لرب العمل لاستلام العمل في وقت معقول، وتكمن أهمية هذا الإنذار في احتساب مصاريف الحراسة من تاريخه إلى حين انتهاء الأجل الممنوح للاستلام وكذا غرامات التأخر، وانتقال الحراسة وتبعية الهلاك واستحقاق الأجر، فالاستلام الحكمي يترتب نفس آثار الاستلام الحقيقي<sup>(3)</sup>. أما فيما يخص مشروعية السبب المؤدي إلى الامتناع، فتبقى من تقدير قاضي الموضوع.

(1) - د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ج7، ص89.

(2) - وهو ما يطلق عليه بالتسليم الحكمي.

(3) - د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ج7، 1 ملد الأول، ص153.

**البند 2: الطبيعة القانونية للمدة :**

إن السؤال الذي يطرح في هذا المقام، أن مدة عشر سنوات، هل هي مدة تقادم أم مدة تجرية المتانة وصلابته، تختلف إجابة هذا السؤال في القانون الجزائري عنه في القانون الفرنسي.

**1- في القانون الفرنسي :**

لقد حدد المشرع الفرنسي بنص **المادة 172** من القانون المدني مدة عشر سنوات تحسب طبقا للقواعد العامة في عقد المقاولة من وقت تسلم الأعمال كمدة لضمان مسؤولية المقاول والمهندس المعماري محل البحث وفي نفس الوقت قضت المادة **2270** الواردة في باب التقادم بإعفاء المقاول والمهندس المعماري من ضمان المسؤولية بعد مضي عشر سنوات أيضا، وتحسب مدة هذا الإعفاء بدوره من وقت التسلم<sup>(1)</sup>.

إن هذه المواد تطرح مسألة اختلاط حول مدة الضمان مع مهلة الدعوى وهذه المسألة كانت محل خلاف فيما إذا كانت العشر سنوات هي مدة الضمان أو مدة تقادم في وقت واحد.

ذهب رأي إلى القول بأن مدة عشر سنوات المنصوص عليها في المادتين 1792، 2270 هي مدة لاختبار متانة البناء، وليس مدة تقادم، فهذه الأخيرة تسقط بمرور ثلاثين سنة طبقا للقواعد العامة<sup>(2)</sup>.

وذهب رأي آخر إلى أن المادة 1792 الواردة في الباب المخصص لعقد إيجار عمل (مقاولة) تحدد مدة الضمان لاختبار مدى صلابة البناء وسلامته، بدليل أن هذه المادة أوردها المشرع في الباب المخصص لعقد المقاولة، أما المادة 2270 فقد وردت في باب التقادم، ونصت على تقادم دعوى الضمان بعشر سنوات تبدأ من يوم وقوع الضرر أو انكشاف العيب، بشرط أن يتحقق الضرر أو يظهر العيب خلال مدة الضمان، أي خلال عشر سنوات التالية لتاريخ التسليم<sup>(3)</sup>.

غير أن القضاء الفرنسي ثبت في حكم الدوائر اتمعة لمحكمة النقض لسنة 1882 على أن دعوى رب العمل تعتبر قد سقطت بعد عشر سنوات محسوبة من تسلم الأعمال<sup>(4)</sup>، وأبدى المشرع الفرنسي رغبة أكيدة في التخلص من هذا الخلاف الذي كان قد ساد فترة من الزمن بين مدة الضمان ومدة تقادم دعوى الضمان بسبب وحد ما بحيث قد ظل مفضلا الوحدة بين المادتين في المقدار فتكون مدة الضمان تحتلط بمهلة الدعوى مع نظر م إلى مدة الضمان

(1) - شكري سرور، المرجع السابق، ص224.

(2) - د. عياشي شعبان، المرجع السابق، ص84.

(3) - د. عياشي شعبان، المرجع السابق، ص84.

(4) - د. شكري سرور، المرجع السابق، ص396.

بحسبما فترة تجربة للتحقق من متانة البناء وسلامته، فتعدوا السنوات العشر على هذا النحو مهلة تجربة ومهلة لرفع الدعوى في آن واحد<sup>(1)</sup>.

## 2- في القانون الجزائري :

يرى غالبية الفقهاء الجزائري، وحتى في القانون المصري، أن المدة التي نصت عليها المادة 554 ق.م.ج، والتي تقابلها المادة 651 ق.م.مصري، هي اختبار لصلابة البناء وسلامته، يستطيع من خلالها رب العمل أن يتحقق من حسن تنفيذ الأعمال التي قام بها المشيد، وليست مدة تقادم<sup>(2)</sup>.  
ولذلك فإن لا تتوقف ولو وجد مانع تعذر معه على رب العمل أن يطالب بحقه أو كان رب العمل غير كامل الأهلية أو غائبا أو محكوما عليه بعقوبة جنائية ولم يكن له نائبا يمثله قانونا<sup>(3)</sup>.  
وما يعزز قولنا هذا ورأينا فيه، أن المشرع الجزائري ليحسم أمره في التأكد على أن مدة العشر سنوات ليست بمدة التقادم، فقد ميز بين مدة رفع دعوى الضمان وجعلها مستقلة عن مدة ضمان الأعمال فنص بالمادة 557 ق.م.ج على أنه "تتقادم دعاوى الضمان بانقضاء ثلاثة سنوات من وقت حصول التهدم أو انكشاف العيب".

(1) - د. شكري سرور، المرجع السابق، ص252.

(2) - Amor Zahi , le droit et la responsabilité en matière de construction, Revue algérienne des Sciences Juridique.économiques volume xxv ،n3، septembre1987، p601-602.

(3) - د. لبيب شنب، المرجع السابق، ص167.

الفرع الثالث : الطبيعة القانونية للضمان العشري :

أثارت مشكلة تحديد الطبيعة القانونية للضمان العشري جدلاً كبيراً في أوساط الفقه والقضاء الفرنسي، حيث اختلف كل من الفقه والقضاء حول تحديد طبيعة مسؤولية مهندس البناء والمقاول في علاقتهما برب العمل، فهناك من يرى أن مسؤولية تقصيرية والبعض الآخر يرى أن نوع من المسؤولية العقدية فيما يرى فيها اتجاه ثالث أو تطبيق خاص للنظرية العامة للالتزام بالضمان.

الاتجاه الأول : الطبيعة التقصيرية للضمان العشري

يرى الفقه التقليدي يؤيده في ذلك بعض الشراح المحدثين أنه بتسلم الأعمال ينتهي عقد المقاولة في علاقة رب العمل بالمهندس أو المقاول، لأن العقد في هذه الحالة يكون قد استنفذ كل آثاره، فإذا بقي المقاولون أو المهندسون مسؤولون بعد تسليم الأعمال فذلك لا يمكن أن يكون إلا بالإرادة العليا للمشرع، لتصبح مسؤوليتهم مسؤولية قانونية استثنائية، تستند إلى نص غير مألوف في القواعد العامة<sup>(1)</sup>. ولقد أخذ القضاء الفرنسي في البداية إلى اعتبار دعوى الضمان المعماري ذات طبيعة تقصيرية لأن لا تستند إلى الإخلال بالتزام ناشئ عن عقد المقاولة الذي يكون قد انتهى بتسليم البناء ولكنها تستند إلى الإخلال بالواجب العام المتمثل في عدم الإضرار بالآخرين<sup>(2)</sup>.

الاتجاه الثاني : الطبيعة العقدية للضمان العشري

يتجه أغلب الفقه الحديث إلى تأييد الطبيعة العقدية للضمان العشري، حيث استقرت محكمة النقض المصرية منذ أمد بعيد على أن مسؤولية المقاول أو المهندس عن خلل البناء بعد تسليمه، لا يمكن اعتبارها مسؤولية تقصيرية أساسها الفعل الضار من جنحة أو شبه جنحة مدنية، ولا يمكن اعتبارها مسؤولية قانونية من نوع آخر مستقلة بذاتها ومنفصلة عن المسؤولية العقدية المقررة بين المقاول وصاحب البناء على مقتضى عقد المقاولة، وإنما هي مسؤولية عقدية قررها القانون لكل عقد مقاولة على البناء، سواء نص عليها في العقد أم لم ينص، كمسؤولية البائع

(1) - د. شكري سرور، المرجع السابق، ص 272-273.

(2) - Civ. 15 Juin 1863. D. 1963.1.421

عن العيوب الخفية في أ ثابته بنص القانون لكل عقد بيع على أساس أ ١ مما يترتب قانونا على عقد البيع الصحيح<sup>(1)</sup>، فهم على عكس أنصار الاتجاه الأول، لا يرون في تسلم الأعمال مما يمكن أن ينتهي بذاته عقد المقاولة. إن القضاء الفرنسي قد اعتبر أن دعوى الضمان ذات طبيعة تعاقدية، ويؤيده في ذلك الكثير من الفقه، إذ أن التسليم وإن رتب بعض الآثار القانونية، إلا أنه لا يغير من طبيعة العلاقة بين المقاول أو المهندس ورب العمل، فالعقد الذي يحكم هذه العلاقة لا ينتهي بالتسليم لأن التسليم يعتبر واقعة وليس تصرف قانوني<sup>(2)</sup>، والعقد ينطوي على مرحلتين : مرحلة تنفيذ الالتزام ومرحلة الضمان، أي التأكد من حسن أداء هذا التنفيذ، فالضمان يعتبر من ملحقات التنفيذ<sup>(3)</sup>.

### الاتجاه الثالث : الضمان العشري تطبيق خاص للنظرية العامة للالتزام

يعرف الفقيه Gross، الالتزام بالضمان في النظرية العامة بأنه : "التزام يضاف في بعض عقود المعاوضة التي يكون هناك محل فيها لخشية الدائن أن يندفع في شأن الحقوق التي تؤول إليه من المتعاقد الآخر، إلى بعض الالتزامات التي تنتج من العقد، وذلك ليكفل الدائن ضمن النتائج العملية للتنفيذ العادي للاتفاق في نفس الوقت الذي يكفل له تعويضا مجزيا للضرر الذي يصيبه لو أن هذه النتائج لم تحصل بشكل مائي"<sup>(4)</sup>. وبتطبيق هذه الفكرة على علاقة المهندس، والمقاول برب العمل، يستدعي Soinne أن تسلم الأعمال من قبل هذا الأخير لا يتم بدون بعض الغرر أو المخاطر بالنسبة له، بحيث يصعب عليه في الواقع تقرير مدى جودة الأعمال في هذه اللحظة، ومن ثم فإن الضمان العشري له دور تأمين رب العمل ضد الخطر الذي يشكله هذا الضرر، ويخلص من ذلك من ذلك إلا أن مسؤولية المشيدين لا تجازى مباشرة سوء تنفيذهم لالتزامهم بالتشييد طبقا لقواعد فن المعمار وأصوله، لمثل هذه المخالفة نزول بالتسليم. وإنما تجاز في الحقيقة "إخلالا خاص بالالتزام خاص بضمان متانة البناء خلال مدة محددة"<sup>(5)</sup>.

غير أن فكرة Soinne هذه لم تسلم من النقد، وأهم ما أخذ عليها :

1- أ ١ تقوم على أساس خاطئ ذلك أن مسؤولية المشيدين في ا موعة المدنية هي مسؤولية من أجل

خطأ<sup>(6)</sup>.

(1) - د. حسين منصور، المرجع السابق، ص141.

(2) - د. حسين منصور، المرجع السابق، ص143.

(3) - د. حسين منصور، المرجع السابق، ص143.

(4) - د. شكري سرور، المرجع السابق، ص279-280.

(5) - د. شكري سرور، المرجع السابق، ص280.

(6) - د. شكري سرور، المرجع السابق، ص280.

2- أن قواعد المسؤولية العقدية تكفي لضمان التعويض لرب العمل، إذا ما أخلّ المشيد بالتزاماته، وذلك دون ما حاجة إلى "فكرة تكميلية"، بشرط "مراعاة خصوصيات مسؤولية المشيدين العقدية، طبقاً لإرادة المشرع"<sup>(1)</sup>.

وفي اعتقادنا، كما نتفق إلى ما ذهب الدكتور شكري سرور في هذا الشأن بأن الضمان العشري "... هو أحد التطبيقات الخاصة للنظرية العامة للمسؤولية العقدية، أخضعه المشرع لتنظيم خاص، ليتلاءم وخصوصيات المشكلات العملية التي تطرحها مقاولات البناء. وليقيم به نوع من التوازن العادل والمعقول بين طرفي هذا النوع من العقود، وليكفل به قدر من السلامة لروح وممتلكات صاحب البناء، لكن تنظيمه هذا التشريعي الخاص، لا يغير من طبيعته، التي تظل مؤسسة في الأصل على "عقد أسيء تنفيذه"<sup>(2)</sup>.

(1) - د. شكري سرور، المرجع السابق، ص 281.

(2) - د. شكري سرور، المرجع السابق، ص 283.

المبحث الثاني : أحكام الضمان العشري ومدى خضوع المقاول من الباطن له :

لم يترك المشرع التزام مهندسي ومقاولي البناء، خاضعا للأحكام العامة في الضمان الذي يسري في كل عقود المقاولات أيا كانت طبيعة العمل التي ترد عليه، بل وضع أحكاما تترتب على دم المباني من أضرار جسيمة تصيب الأرواح والأموال.

وفي هذا الصدد نجد أن المقاول من الباطن يرتبط بالمقاول الأصلي بعقد، وبذلك يكون مسؤولا في مواجهة المقاول الأصلي وفقا للقواعد العامة وأحكام عقد المقاولة وحيث لا توجد علاقة عقدية مباشرة بين المقاول من الباطن ورب العمل، يثور التساؤل عن مدى خضوع هذا المقاول للضمان العشري ؟  
وبناءً على ذلك نتناول أحكام الضمان العشري في المطلب الأول، ثم نحاول الإجابة على هذا التساؤل من خلال المطلب الثاني.

المطلب الاول : أحكام الضمان العشري

المطلب الثاني: المقاول من الباطن والمسؤولية العشرية :

المطلب الاول : أحكام الضمان العشري :

تدور هذه الأحكام حول نظام الإثبات في الضمان العشري (الفرع الأول)، تم ثور مسألة الارتباط بين مسؤولية المهندس ومسؤولية المقاول (الفرع الثاني)، وأخيرا تحديد الأسباب التي تعفي المهندس والمقاول من هذا الضمان (الفرع الثالث).

الفرع الأول : نظام الإثبات في الضمان العشري

يقوم نظام الإثبات في الضمان العشري على قيام المدعي (رب العمل) من إثبات عقد المقاوله المبرم بينه وبين المهندس والمقاول عند رجوعه بالمسؤولية عليهما، ثم إثبات الضرر بشروطه القانونية حسب القواعد العامة في المسؤولية العقدية، عندئذ يثور التساؤل التالي : هل يلتزم رب العمل فضلا عن ذلك كله بإثبات خطأ المدعى عليهما أو خطأ أي منهما، أم هناك قرينة تعفيه من عبئ الإثبات ؟  
لقد مرّ نظام الإثبات في النظام العشري، في فرنسا بمراحل مختلفة على خلاف القانون الجزائري، لهذا سوف ندرس هذا النظام في القانون الفرنسي ثم في القانون الجزائري.

البند (1) : في القانون الفرنسي

لدراسة نظام الإثبات في القانون الفرنسي، يلاحظ أن هذا النظام قد مرّ بثلاثة مراحل مختلفة، هي مرحلة قانون نابليون لسنة 1804، ثم مرحلة قانون رقم 3 لسنة 1967، وأخيرا مرحلة قانون رقم 12 لسنة 1978.

وسندرس هذا المراحل على النحو التالي :

المرحلة الأولى : مرحلة قانون نابليون 1804

والذي نظم هذه المسؤولية في موضعين مختلفين فقط نظمها ضمن الباب المختص لأحكام عقد المقاوله في المادة 1792 تقرر بأن "المهندسين المعماريين والمقاولين يسألون عن تهدم المبنى... لكن بشرط أن يكون البناء مشيدا (بأجر جزافي)"، وكانت المادة 2270 الواردة في الباب المخصص للتقادم تقضي "بإعفائهم من ضمان الأعمال الكبيرة التي قاموا بتنفيذها..." دون أن تشترط أن تكون الصفقة جزائية.

وقد أثارت هذه الصياغة المختلفة للنصين خلافات فقهية وقضائية حول سريان أو عدم سريان قرينة المسؤولية الخاصة على المقاولات غير الجزافية التي يتقاضى المقاول فيها بدل عمله على أساس سعر الوحدة مثلا، فذهب البعض إلى أن

هذه القرينة لا تسري إلا على الصفقات الجزافية وحدها، مما يترتب عليه إعفاء صاحب البناء من إثبات الخطأ، بخلاف المقاولات الأخرى التي تبقى خاضعة لأحكام الخطأ الواجب الإثبات طبقاً للقواعد العامة<sup>(1)</sup>.

وأساس التفرقة بين الصفقات الجزافية وغيرها من الصفقات الأخرى أن نص المادة 1792 حينما قررت هذه القرينة (حكماً مشدداً) قصد المشرع به حماية رب العمل ضد المخاطر التي يتعرض لها، حيث يكون من مصلحة المقاول تحقيق أكبر قدر من الربح ولو كان ذلك على حساب الجودة والمتانة على العكس في الصفقات غير الجزافية، حيث أن أجر المقاول يتوقف على حجم العمل ومواصفات العمل المنجز، وبذلك لا تسري قرينة المسؤولية بل على رب العمل أن يثبت خطأ المقاول وفقاً للقواعد العامة<sup>(2)</sup>.

وقد استقر القضاء الفرنسي على هذا الرأي فقضى بأن "قرينة المسؤولية العشرية للمادة 1792 لا تقع على عاتق المعماري إلا في حالة انعقاد المقابلة بأجر جزائي، أما جميع الحالات الأخرى، فإنه يتعين على المالك إثبات الخطأ التي يمكن أن يؤدي إلى انعقاد مسؤولية المماريين".

بينما ذهب فريق آخر على أن هذا الحكم يطبق على جميع مقاولات البناء سواء تعقد بسعر جزائي أو بسعر الوحدة، ذلك أن من أهم التزامات المقاول هو تحقيق نتيجة سواء كان هذا الالتزام هو تقديم عمل خال من العيوب ومطابق للمواصفات أو التزام ببقاء البناء الذي شيده سليماً ومتيناً مدة عشرة سنوات، وهي تفرقة كيفية تتعارض مع قصد المشرع في حماية رب العمل أي كان شكل العقد الذي يبرمه<sup>(3)</sup>.

### المرحلة الثانية : مرحلة قانون رقم 3 لسنة 1967

نتيجة للانتقادات الشديدة التي تعرض لها المشرع الفرنسي، عدّل صياغة المادة 1792 في القانون 3 لسنة 1967 وحذف بموجب هذا التعديل شرط توفر الصفة الجزافية لمقابلة تشييد البناء الذي يسأل المهندس والمقاول عن هلاكه خلال السنوات العشر التالية لتسلمه فأصبحت تنص على أنه : إذا تلف البناء كلياً أو جزئياً "...

ولقد أثار هذا التعديل تساؤلاً فيما إذا كان الذي قرره المشرع هو تشديد المسؤولية بتعميم نظام قرينتها، أم تخفيفه بتعميم نظام الخطأ الواجب الإثبات ؟ بعبارة أخرى، هل تشدد المشرع في مسؤولية المشيدين الذين يتعاقدون بمقتضى صفقات غير جزافية ؟ أم أنه خفف من مسؤولية أولئك الذين يتعاقدون بمقتضى صفقات جزافية ؟

(1) - Boubli(B), Op-cit, p211, Milinvaud(ph) et Jestaz(ph), Op-cit , p61, civ 654/1976.D.

(2) - د. شكري سرور، المرجع السابق، ص 288-289.

(3) - Boubli(B), Op-cit, p95.

ذهب البعض إلى القول بأن المشرع قصد التخفيف من مسؤولية المشيدين الذين يتعاقدون بمقتضى صفقات جزافية، لأن تشدد نص المادة 1792 القديم، لم يكن مبنياً إلا على أساس المخاطر، وطالما تم تعميم أو توحيد نظام الإثبات في جميع الصفقات دون تفرقة فلم يعد هناك أي سبب مقبول للإبقاء على المعاملة المشددة<sup>(1)</sup>. أما الرأي الراجح فقها وقضاً، قد اتجه إلى القول بأن قانون 1967 قد عمم سريان قرينة مسؤولية المشيدين ومقاولين ومقاولين دون تفرقة بين مقولة جزافية وأخرى غير جزافية<sup>(2)</sup>.

### المرحلة الثالثة : مرحلة قانون رقم 12 لسنة 1978 (تقرير قرينة المسؤولية بنص صريح)

في هذه المرحلة، وضع المشرع الفرنسي نصاً أو صياغة جديدة للمادة 1792 وبعبارة في غاية الدقة والوضوح، وبذلك يكون قد وضع حداً للخلاف حول قرينة المسؤولية على مختلف المشيدين، حيث قضت المادة بأن : "كل مشيد لعمل يكون مسؤولاً بقوة القانون... وتنتفي هذه المسؤولية إذا ما أثبت المشيد أن الضرر يرجع إلى سبب أجنبي".

وقد استعملت هذه المادة في فقرة الثانية عبارة "قرينة المسؤولية" بشكل صريح، حيث جاء فيها "تتمدد قرينة المسؤولية المقررة في المادة 1792 سالفه الذكر لتشمل أيضاً الأضرار...".

(1) - . عياشي شعبان، المرجع السابق، ص 94.

(2) - للتفصيل أكثر أنظر : د. شكري سرور، المرجع السابق، ص 293-295.

البند (2) : في القانون الجزائري

لاحظنا أن النص المدني الفرنسي المعدل بالقانون رقم 12 لسنة 1978 قد قرر صراحة في المادة 1792 مبدأ قرينة المسؤولية الخاصة بالنسبة لكل معماري تنعقد مسؤوليته وفقا لأحكامها. إلا أن التشريع الجزائري لم يتضمن نصا مماثلا، أي لم ينص على قرينة مسؤولية المشيدين، فإننا نرى مع الفقه المصري<sup>(1)</sup> يكفي لقيام مسؤولية المهندس المعماري والمقاول حدوث الضرر خلال المدة القانونية للضمان، دون أن يكون على مالك البناء إقامة الدليل على خطأهما، على أساس أن الالتزام الرئيسي للمهندس والمقاول، هو التزام بتحقيق نتيجة مفادها بقاء البناء سليما ومتينا وخاليا من العيوب أو التهدم أو التداعي للسقوط طوال مدة هذه المسؤولية والتي حددها القانون بعشر سنوات. وهذا التفسير ينسجم مع تعبير (الضمان) الذي استعمله المشرع الجزائري في المادة 554 المقابلة لنص المادة 651 ق.م.مصري، للدلالة على مسؤولية المهندس المعماري والمقاول، وهو نفس التعبير الذي استعمله التقنين المدني الجزائري وكذلك المصري، فيما يتعلق بضمان التعرض وضمان العيوب الخفية في كل من عقدي البيع والإيجار<sup>(2)</sup>.

ويرى بعض الفقهاء، أنه ما دام التزام كل من المهندس المعماري والمقاول بالضمان هو التزام بتحقيق نتيجة، فلا يكفي لانتفاء مسؤوليتهما عن الضرر الذي ظهر في البناء أن ينفيا الخطأ عن نفسيهما بل يلزم عليهما أن يقيما الدليل على السبب الأجنبي الذي أدى إلى عدم تحقق النتيجة، ونحن نأخذ هذا الرأي.

(1) - شكري سرور، المرجع السابق، ص284، د. ناجي ياقوت، المرجع السابق، ص193.

(2) - د. عياشي شعبان، المرجع السابق، ص97.

الفرع الثاني : مدى الارتباط بين مسؤولية المهندس المعماري ومسؤولية المقاول :

تقرر القواعد العامة في القانون الجزائري والفرنسي أن التضامن لا يفترض افتراضاً، وإنما يكون بناءً على اتفاق أو نص في القانون طبقاً لنص المادة 217 ق.م.ج<sup>(1)</sup>، ويقصد بالتضامن هنا، أنه يجوز للدائن بالضمان العشري صاحب العمل أو من آلت ملكية البناء مطالبة المهندس والمقاول معا بالتعويض، ومصدر التضامن هو نص القانون.

فبالرجوع للمادة 554 ق.م.ج والمقابلة 651 ق.م.مصري، نجد أن ما قد أفصحت صراحة عن تضامن المهندس والمقاول في الضمان العشري، ويؤكد جانب من الفقه على أن التضامن العشري أقوى من التضامن في المسؤولية، لأن التضامن في المسؤولية لا يقوم إلا إذا كان كل واحد من المسؤولين قد ارتكب خطأً، وأن يساهم كل منهم بإحداث الضرر، وأن يكون هذا الضرر هو ضرر واحد أو بمعنى آخر يلزم وحدة الضرر، وهذا يقتضي اشتراك كل المسؤولين في أحداثه، فلا مجال للحكم بالتضامن إذا تعددت الأضرار وكان كل واحد من المسؤولين المتعددين مسؤولاً عن واحد بعينه من بينها دون الأخرى<sup>(2)</sup>.

وبناءً على ذلك لو كان التضامن بين المهندس والمقاول هو تضامن في المسؤولية، فهذا التضامن لا يقوم إلا إذا كان الخطأ مشترك بينهما، فلقد أصاب المشرع الجزائري عندما قرر في نص المادة 554 ق.م.ج تضامن المهندس والمقاول في الضمان، وذلك لتوفير حماية حقيقية لرب العمل الذي له أن يختار أيّاً من المقاول والمهندس دون تفرقة، كأن يختار أكثرهما ملاءة أو أيسرها وفاءً، ويطلبه بكل التعويض عن جميع الأضرار التي تصيبه من جراء دم المباني أو المنشآت الثابتة الأخرى التي يقيما ما، أو عن جميع العيوب التي تظهر فيما بعد إنجازها وتسلمها.

وتؤثر في متانة البناء، إذا حصل هذا التهدم أو ظهر العيب خلال المدة المحددة قانوناً، كما أن له أن يطالبهما على وجه التضامن دون اشتراط وقوع خطأ من جانب المدعى عليه، وهذه هي ميزة التضامن في الضمان، حيث لا يشترط أن يكون الخطأ واحداً والضرر واحداً. ويستطيع المدعي الذي أوفى، الرجوع على الآخر أو على المخطئ منه أو اختصاصه بالدعوى، وعليه هو إثبات الخطأ طبقاً للقواعد العامة. ولا يستطيع المدعى عليه دفع دعوى الضامن لعدم توافر خطأ من جانبه أو أنه يرتبط مع صاحب العمل بعقد مستقل عن بقية العقود ولا يؤثر في التزامه بالتضامن استقلال خطئه عن أخطاء الآخرين.

إن هذا النظام (التضامني) يقوي الضمان المقرر لصالح رب العمل، إذ يلقي على كاهل المهندس والمقاول قرينة المسؤولية ولا يستطيعا التحلل منهما إلا بإثبات السبب الأجنبي.

(1) - تنص المادة 217 ق.م.ج "التضامن بين الدائنين أو بين المدينين لا يفترض، وإنما يكون بناءً على اتفاق أو نص في القانون".

(2) - د. خالد أبو عرابي، المسؤولية للمقاول والمهندس المعماري، مجلة أبحاث اليرموك، سلسلة العلوم الإنسانية والاجتماعية 8، ص542.

ورغم الأهمية البالغة لهذا التضامن إلا أنه ينطوي على خطورة بالنسبة للمهندس بالذات، ذلك أنه أغلب الخلل الذي يظهر في المنشآت وتحقق بموجبه المسؤولية هو عيب أو سوء تنفيذ في جانب المقاول، ولما كان المهندس لا يستطيع أن يتخلص من هذه المسؤولية بسبب قرينة المسؤولية إلا بالسبب الأجنبي المؤدي إلى الضرر، كان معنى ذلك أنه سيكون مسؤولاً بشكل تلقائي عن أخطاء التنفيذ التي وقعت من جانب المقاول، ما لم يكن دوره مقتصرًا على وضع التصميم دون الإشراف، حيث لا يكون مسؤولاً إلا عن العيوب التي ترتبت عليه، أو يثبت السبب الأجنبي وهو أمر صعب الإثبات في أغلب الحالات<sup>(1)</sup>.

وأخيراً لا بد من الإشارة إلى أن التضامن بين المقاول والمهندس لا يقوم في علاقتهما بصاحب العمل، أما في علاقتهما الواحد بالآخر، فلا تضامن بل يوزع التعويض بنسبة خطأ كل منهم وتنظيم العلاقة فيما بينهم طبقاً للقواعد العامة في المسؤولية التقصيرية نظراً لعدم وجود علاقة تعاقدية تربطهم<sup>(2)</sup>.

أما فيما يخص القانون الفرنسي، فإنه لا يتضمن حتى بعد قانون 1978 أي نص يقرر التضامن بين المهندس والمقاول، إلا أن القضاء ابتكر التزاماً أسماه بالتضامن أو المسؤولية التضامنية (المشتركة). هذه المسؤولية ابتكرها القضاء بمساعدة الفقه وأطلق عليها البعض بأما مخلوق قضائي محض<sup>(3)</sup>، جاء ليواجه الحالات التي يوجد فيها، من الناحية العملية، دائن لعدة مدينين غير متضامين (حيث لا اتفاق بينهم على التضامن ولا نص قانوني يقضي به)، ودينهم قابل للانقسام ولكن كلاً منهم يلتزم في مواجهته بصورة مستقلة بكل الدين، بحيث يؤدي الوفاء الصادر من أي منهم إلى براءة المدينين الآخرين بقدر ما تم الوفاء به، لأن الدائن وإن كان له أكثر من مدين، فإن ليس له في مواجهتهم إلى دين آخر.

وقد تعددت الاجتهادات القضائية لوضع أساس لعلاقة المهندس والمقاول التضامنية، فبينما أسندت بعض المحاكم في قضائها بالتضامن بين المهندس والمقاول إلى الخطأ المشترك من جانب كل منهما في الفعل المؤدي إلى الضرر، استندت بعض الأحكام الأخرى إلى مساهمة خطأ كل من المهندس والمقاول في تحقيق جميع الضرر، وأن كل خطأ من خطأهما يعتبر سبباً كافياً لجميع الضرر لأنه لولاه ما كان هذا الضرر ليتحقق إطلاقاً.

(1) - د. شكري سرور، المرجع السابق، ص 302.

(2) - د. خالد أبو عرابي، المرجع السابق، ص 542.

(3) - د. شكري سرور، المرجع السابق، ص 306 وما بعدها.

الفرع الثالث : أسباب الإعفاء من المسؤولية ومدى صحة الاتفاقات المتعلقة بها :

البند 1) : دفع المسؤولية العشرية

من المسلم به طبقاً للقواعد العامة أن المسؤولية المقدره لرب العمل وفقاً للمادة 554 ق.م.ج يمكن دفعها إذا استطاع المهندس أو المقاول أن يهدم قرينتها بإقامة الدليل على أن التهدم الكلي أو الجزئي للبناء أو حصول العيب الذي يهدد متانته أو سلامته إنما يرجع إلى سبب أجنبي لا يد له فيه باعتبار أن قرينة المسؤولية قرينة قاطعة لا تسقط إلا أمام إثبات السبب الأجنبي، وقد أكدت هذا المبدأ نص المادة 1792 من القانون الفرنسي المعدل بالقانون 12 لسنة 1978 التي تنص على أن : "القرينة المنصوص عليها في هذا الصدد في المواد 1792، 2/1792، 3/1792 لا تسقط إلا بإثبات السبب الأجنبي".

ويعتبر من قبيل السبب الأجنبي القوة القاهرة أو خطأ رب العمل، أو خطأ الغير وذلك على النحو التالي :  
ولابد من التنويه قبل بحث كل حالة من حالات السبب الأجنبي الثلاثة والهادمة لقرينة المسؤولية والمسقطه لها أن تؤكد أن مثل هذا السبب الأجنبي بحالاته الثلاث تعفي المهندس والمقاول من مسؤوليتهما التقصيرية والعقدية التي بحثناها في الباب الأول من هذه الدراسة، إضافة إلى إعفائه من المسؤولية الخاصة وبنفس ضوابطها كما بينا سابقاً.

أولاً : القوة القاهرة

من المتعارف عليه في القانون الخاص أنه قد هجر التفرقة التي كانت موجودة بين الحادث المفاجئ والقوة القاهرة حيث كان ينظر إلى الأول على أنه الحادث الذي لا يمكن توقعه، وإلى الثاني على أنه الحادث الذي لا يمكن دفعه<sup>(1)</sup>.

ويمكن تعريف القوة القاهرة، بأمر الخارجي غير متوقع الحصول وغير ممكن الدفع وغير ممكن درء ما ينتج عنه من أضرار<sup>(2)</sup>.  
ويشترط في الحادث الذي يعتبر قوة القاهرة، أن يكون خارجياً، وأن يكون غير متوقع ومستحيل الدفع، ويؤدي مباشرة إلى حدوث الضرر.

(1) - د. شكري سرور، المرجع السابق، ص330.

(2) - د. سليمان مرقس، المرجع السابق، ص149.

أ) شرط الخارجية :

ليس المقصود بالخارجية هنا ألا ينسب الحادث الذي ينتج الضرر بسبب قوة القاهرة إلى نشاط المشيد، بل المقصود هو لخارجية المادية أي خارجية الحادث عن ذاتية الشيء الذي يقع عيه العمل<sup>(1)</sup>، كذلك فالأصل أن عيوب الأرض التي يقام عليها البناء لا تعتبر حادثا مكونا قوة القاهرة، حيث نص على ذلك المشرع الجزائري في نص المادة 554 ق.م.ج والمقابلة لنص المادة 651 ق.م.مصري والفرنسي 1792، حيث نص صراحة على أن المشيد ملتزم بالضمان العشري، حتى ولو كان سببه (التهدم) ناشئا عن عيب في الأرض ذا a.

ب) عدم إمكان التوقع والدفع :

عدم إمكانية دفع الحادث المشكل للقوة القاهرة وكونه خارج نطاق التوقع هما جوهر هذه القوة، وفكرة عدم قابلية الحادث للتوقع أو الدفع هي فكرة نسبية تختلف باختلاف الزمان والمكان، وهي فكرة مرتبطة مع تطور أساليب البناء الفنية وتقنياته، وبذلك فإن قابلية حادث ما للتوقع والدفع يضيف شيئا فشيئا تبعا للتقدم العلمي والفني، لذلك نجد أحكام القضاء تكتفي عند تقرير الحادث كشرط لتخفيف المسؤولية عن القوة القاهرة، بالبحث عما إذا كان الحادث، غير متوقع الحدوث بالنظر لظروف الزمان والمكان التي أقيم فيها البناء، مع اعتبار ما يكون العلم قد توصل إليه من معارف.

أثر ثبوت القوة القاهرة :

إذا كان الضرر الذي أصاب المبنى يرجع كلية إلى القوة القاهرة، وكانت هذه القوة هي السبب الوحيد في حدوث الضرر، فإن ثبوت ذلك يقي العلاقة السببية بين الخطأ المفترض للمقاول والضرر وتسقط قرينة المسؤولية بصفة تلقائية وينتفي الضمان عن المهندس والمقاول، ولكن ما هو أثر القوة القاهرة إذا تبين أن الحادثة المكونة لها قد ساهم في إحداثها خطأ أحد المشيدين؟

وللإجابة على ذلك، فقد اتجه القضاء الفرنسي الإداري للبحث في كل حالة على حدى أي عن نسبة مساهمة كل سبب من هذه الأسباب المتعددة في الضرر، فقضى مجلس الدولة الفرنسي بتخفيض الأثر المعفي للقوة القاهرة بنسبة مساهمة مخالفة المعماري للأصول الفنية في الضرر الذي وقع عندما عرضت عليه حالة فيضان غير متوقع ومستحيل وسبب ضررا شديدا لمبنى كانت أساساته غير كافية وضعيفة.

(1) - د. عياشي شعبان، المرجع السابق، ص99.

وقد اتجه القضاء المدني الفرنسي نفس الوجهة في وقت من الأوقات، فقد جاء في أحد أحكام النقض أن القوة القاهرة تستبعد المسؤولية، حينما يكون مرجع الضرر الذي يطلب تعويضه إلى هذا الحادث وحده، أما إذا كان الذي يتذرع بالقوة القاهرة قد ارتكب - هو نفسه - خطأ ساهم سواء في وقوع الحادث أو في تشديد عواقبه، فإن حكم أول درجة يكون قد أصاب القانون عندما خفض فقط المسؤولية الواجبة عليه ومن ثم التعويض الذي يتعين دفعه<sup>(1)</sup>. لكن القضاء المدني الفرنسي ما لبث أن عدل عن هذا الاتجاه، ومن ثم فلم يعد هناك حل وسطاً، فإذا ما كان الأمر يتعلق بقريئة مسؤولية فإن التمسك بالقوة القاهرة إما أن يؤدي إلى إعفاء كلي، وإلا فإنه يرفض كلية<sup>(2)</sup>.

### ثانياً : خطأ رب العمل

يسأل صاحب العمل وحده عن التهدم أو العيب الحاصل في البناء إذا حدث هذا التهدم بفعل صاحب العمل وحده وكان بعد إتمام البناء وتسلمه، كأن يقوم رب العمل بحفر حفرة بالقرب من أساسات البناء، أو كان يجري تعديلات على كيفية توزيع الأماكن داخل البناء، فيترتب على ذلك حدوث التهدم أو العيب<sup>(3)</sup>. أما إذا حدث فعل صاحب العمل قبل إتمام البناء وتسلمه وأدى ذلك إلى حدوث دم أو ظهور عيب في البناء كإعطاء تعليمات خاطئة للمعماريين مثلاً ففي هذه الحالة من هو الذي يسأل عن التهدم أو العيب، رب العمل أم كل من المقاول والمهندس؟

للإجابة عن هذا التساؤل لابد من التفرقة بين حالتين وهما حالة ما إذا كان رب العمل غير خبير في فن البناء والحالة الثانية هي حالة رب العمل الخبير في فن البناء.

(1) - د. شكري سرور، المرجع السابق، ص 336.

(2) - د. شكري سرور، المرجع السابق، ص 337.

(3) - د. ناجي ياقوت، المرجع السابق، ص 232.

## 1. صاحب العمل غير الخبير في فن البناء :

الأصل أن المقاول والمهندس هما الخبيران في فن البناء وبالتالي فإن تدخل صاحب العمل لا يصلح أن يكون سببا أجنبيا لدفع مسؤولية كل من المهندس والمقاول، وذلك على أساس أن صاحب العمل عادة ما يكون جاهلا بفن البناء لذلك استعان بالمهندس والمقاول، وهما من أهل الصنعة ويعملون باستقلال تام ولا يخضعان لصاحب العمل من ناحية الإشراف أو التوجيه<sup>(1)</sup>.

وإذا كان الاتجاه العام، هو دفع تمسك المقاول أو المهندس المعماري، بخطأ رب العمل، إلا أنه يعتد في بعض الحالات بخطأ هذا الأخير كسبب لتخفيف مسؤوليته<sup>(2)</sup> كأن يخالف رب العمل لوائح التنظيم التي يعرفها جيدا<sup>(3)</sup>، أو يتعمد توريد مواد من نوع رديء، يكلف مشيدين مختلفين بمهام متعارضة خاصة بنفس البناء<sup>(4)</sup>.

## 2- صاحب العمل الخبير في فن البناء :

يعتد عادة بخطأ رب العمل إذا كان خبيرا في فن البناء ويترتب على خطئه دم البناء أو ظهور عيب فيه وذلك إما للحكم بتقسيم المسؤولية بينه وبين كل من المهندس والمقاول أو الحكم بإعفاء المقاول أو المهندس كلية من هذه المسؤولية<sup>(5)</sup> خاصة إذا كان رب العمل مشهودا بتخصصه الفني في مجال البناء وقام المهندس أو المقاول بتنبهه إلى خطئه.

ويعتبر رب العمل من المشهور عنهم التخصص في فن البناء إذا كان لديه من الخبرة، والتفوق في هذا الفن ما يفوق خبرة وفن المقاول، بالنظر إلى سلم تدرج الخبرات والاختصاصات الفنية في هذا المجال المهني<sup>(6)</sup>، ويتحقق هذا الشرط في الحالات التي يكون مهندسا معماريا، أو مقاولا<sup>(7)</sup>.

ومسألة تقدير مدى تفوق صاحب العمل وخبرته من اختصاص محكمة الموضوع ولا تخضع لرقابة المحكمة العليا.

(1) - د. ناجي ياقوت، المرجع السابق، ص 233.

(2) - د. عياشي شعبان، المرجع السابق، ص 105.

(3) - civ, 3.17 Mars 1975, D. 1975, I.R.129.

(4) - د. عياشي شعبان، المرجع السابق، ص 105.

(5) - د. ناجي ياقوت، المرجع السابق، ص 241.

(6) - Jestaz (ph), la compétence professionnelle du promoteur de construction immobilière, D. 1969, Chron, p71.

(7) - د. عياشي شعبان، المرجع السابق، ص 106، نقلا عن :

. Bourges, 10 Janv 1977, médit, cité par Boubly Bernard, ouvrage précite, p224.

وفي الأخير لا بد أن نوه، بأن تخصص رب العمل مهما كانت درجتها غير كافية وحدها لإعفاء المقاول أو المهندس من الضمان بل لا بد أن يكون صاحب العمل قد قام بأعمال إيجابية معينة، تمثل تدخلا خاطئا في العمل كوضع التصميم أو الإشراف على التنفيذ، ويجب أن يكون قد مارس الإشراف ممارسة فعلية<sup>(1)</sup>. ونتيجة لما سبق، فإنه يبدو لنا أن المقاول لا يستطيع أن يتخلص من الضمان العشري إلا إذا تبين على وجه اليقين توافر شروط القوة القاهرة في خطأ رب العمل، أما إذا كان المقاول على علم بخطأ رب العمل، ولم يتمتع عن تنفيذه رغم ما يتضمنه ذلك من تعريض سلامة البناء للخطر فإنه يجب في مثل هذه الحالة توزيع المسؤولية بين كل من صاحب العمل والمقاول والمهندس بحسب نسبة ومقدار كل منهم.

### ثالثا : خطأ الغير

يقصد بالغير في هذا الصدد، كل من لا يرتبط عقديا مع المشيد الذي تعينت مسؤوليته. والغير الذي يكون الخطأ في جانبه فقد يكون أجنبيا تماما عن عملية التشييد، وهي حالات نادرة إلا ما ليست مستحيلة، مثل قيام هذا الغير بعمليات حفر على أعماق بعيدة بالقرب من أساسات العقار محل المسؤولية، أو استخدامه آلات ضخمة ذات اهتزاز ذي درجة عالية نتج عن ذلك ارتجاجات شديدة في الأرض أدت لحدوث تصدع في البناء أو إضرار أو دم كلي أو جزئي، فإن من شأن مثل هذا الخطأ إعفاء المشيد كليا من المسؤولية إذا لم يكن مقصرا أصلا. أما إذا كان مقصرا كإقامة لبناء على أساسات ضعيفة ساهمت في إحداث الخلل أو في تفاقمه، فقد يؤدي ذلك إلى إنقاص قاضي الموضوع مقدار التعويض الواجب على المشيد بنسبة مساهمة خطأ الغير في إحداث الضرر<sup>(2)</sup>.

أما الحالات الشائعة في الغير الذي يكون الخطأ في جانبه، فهو الغير المتصل بعملية التشييد كالمقاول أو المهندس الذي يعتبر كل منهما غيرا بالنسبة للآخر، والمهندس السابق والصانع والمنتج ومكتب الدراسات وغيرهم ممن لهم صلة بعملية البناء.

وفي علاقة المقاول بالمهندس الذي يعتبر كل منهما غيرا بالنسبة للآخر، هل يستطيع المهندس أو المقاول أن يتمسك كل منهما بخطأ الآخر الذي أدى إلى دم البناء أو تعييه باعتبار كل منهما ما غيرا بالنسبة للآخر، هل يستطيع المهندس أو المقاول أن يتمسك كل منهما بخطأ الآخر الذي أدى إلى دم البناء أو تعييه باعتبار كل منهما غيرا بالنسبة للآخر لينفي عن نفسه المسؤولية؟

بالرغم من أن المهندس المعماري والمقاول يشتركان في عمل واحد، إلا أن كلا منهما يعتبر غيرا في مواجهة الآخر، ولكي يعتبر خطأ الغير (المهندس المعماري أو المقاول، كلا منهما في مواجهة الغير) الذي تسبب في دم البناء أو

(1) - د. ناجي ياقوت، المرجع السابق، ص 381.

(2) - د. شكري سرور، المرجع السابق، ص 351.

تعييه، خلال مدة الضمان سببا أجنبيا معنيا من الضمان، يجب أن يكون متصفا بصفات القوة القاهرة، أي لا يمكن توقعه كما يستحيل دفعه<sup>(1)</sup> أما إذا لم تتوافر في خطأ الغير صفتا القوة القاهرة فإن المعماري المعني يبقى مسؤولا عن الضمان نحو رب العمل على أن يكون له الحق في الرجوع على الغير المسؤول.

وبناءً على ذلك فإن المقاول لا يستطيع أن يتخلص من الضمان بإثبات خطأ المهندس المعماري<sup>(2)</sup> وبذلك قضى : "بأن أخطاء المهندس المعماري في التصميم أو عدم كفايته الفنية لا تعفي المقاول من المسؤولية إلا إذا أثبت عدم إمكان توقعها واستحالة دفعها<sup>(3)</sup> . كما أن المهندس المعماري لا يمكنه أن يتخلص من الضمان بإثبات أخطاء المقاول، فقد قضى بأن المهندس المعماري لا يستطيع أن يدفع عنه المسؤولية بإثبات خطأ المقاول، وخاصة إذا كان مكلفا بالإشراف على التنفيذ وفحص المواد إلا إذا ثبت أن هذا الخطأ كان غير متوقع ومستحيل الدفع<sup>(4)</sup> .

بل يرى البعض أن المهندس المعماري يكون ضامنا للمقاول، بحيث يتعين مسؤولية الأول حتى ولو أثبت أن خطأ الثاني كان يشكل بالنسبة له حالة من حالات القوة القاهرة.

أما عن المشرع الجزائري في نص المادة 554 ق.م.ج والمقابلة لنص المادة 651 مدي مصري، نصتا على "أن كلا من المهندس المعماري والمقاول ضامن لتهدم المبنى أو تعييه متضامنا مع الآخر في مسؤوليته عنها"، ومثل هذا الضمان التضامني يحول بين كل منهما الدفع نحو رب العمل بخطأ الآخر على أن يبقى لمن دفع التعويض منهما أن يرجع بكل ما دفع أو بجزء منه على المسؤول كليا أو جزئيا عن الضرر<sup>(5)</sup> .

مما تقدم، يظهر لنا أن القضاء تشدد تشددا ملحوظا إزاء المعماريين عند الحكم بدفع المسؤولية المعمارية عنهم بسبب خطأ الغير فيشترط أن يتوفر في هذا الخطأ شروط القوة القاهرة من حيث عدم قابلية الخطأ للتوقع واستحالة دفعه، فإذا لم تتوافر هذه الشروط بقي المهندس والمقاول مسؤولين مسؤولية كاملة نحو رب العمل ولهما الحق في الرجوع على الغير المسؤول وفقا للقواعد العامة.

(1) - د. عياشي شعبان، المرجع السابق، ص114.

(2) - د. عياشي شعبان، المرجع السابق، ص114.

(3) - civ. 3.7 Mars 1968, D. 1970,, p27, note soinne.

(4) - civ. 1.13 Juil 1961, D. 1961, p771.

(5) - د . شكري سرور، المرجع السابق، ص362.

البند2): مدى صحة الاتفاقات المتعلقة بالضمان العشري

ينبغي التفرقة هنا بين الإتفاقات المعفية للمعماري من بعض المهام الملقاة عادة على عاتقه بمقتضى طبيعة مهنته ، وبين الإتفاقات المعفية له من المسؤولية عن أعمال كان يجب عليه تأديتها، فالنوع الأول منها يعتبر صحيحاً، فليس هناك ما يمنع رب العمل من إعفاء المهندس المعماري من مهمة فحص تربة الأرض لكي يكلف أحد المختصين في ذلك العمل<sup>(1)</sup>.

أما فيما يتعلق بالإتفاقات المعدلة للمسؤولية، فيخلص من النصوص سالفة الذكر، بطلان شروط الإعفاء من المسؤولية، بطلان شروط الإعفاء من المسؤولية أو الحد منها، على عكس الحال بالنسبة للشروط المشددة للمسؤولية<sup>(2)</sup>. وفي هذا الصدد يقول الدكتور السنهوري: " ...وقد قدمنا أن الضمان بوجه عام- عدا ضمان المقاول والمهندس - لا تعتبر أحكامه من النظام العام، فيجوز الإتفاق على ما يخالفها، أي يجوز تشديدها أو تخفيفها أو محوها بإتفاق خاص ". أما ضمان المقاول والمهندس، وهو الضمان الخاص الذي نحن بصدده فتعتبر أحكامه من النظام العام بنص صريح هو النص أسلفنا ذكره ويبرر ذلك أن رب العمل لا يكون عادة ذا خبرة فنية في أعمال البناء، ولذلك حماه القانون هذه الحماية الخاصة التي رأيناها في تحديد مدة طويلة لإختبار متانة البناء وصلابته، والمقاول والمهندس وهما من رجال الأعمال ذوي الخبرة الفنية، وهما في الوقت ذاته الجانب الأقوى في عقود المقاوله بسبب هذه الخبرة، يستطيعان أن يضيعا هذه الحماية على رب العمل، لو أجاز إشتراط عدم المسؤولية أو التخفيف منها، بأن يدرجا في عقد المقاوله هذا الشرط فيصبح من الشروط المألوفة ( clause) de style في هذه العقود. فأراد المشرع أن يدعم الحماية التي منحها رب العمل، فجعل أحكام الضمان العشري لا يجوز الإتفاق على محوها أو التخفيف منها ... " <sup>(3)</sup>.

(1) - د. ناجي ياقوت، المرجع السابق، ص257.

(2) - د. ناجي ياقوت، المرجع السابق، ص258.

(3) - د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ج 07 ، ص 140 - 145.

1. الإتفاق على الإعفاء من المسؤولية العشرية أو الحد منها:

نصت المادة 556 ق.م.ج على : " يكون باطلاً كل شرط يقصد به إعفاء المهندس المعماري والمقاول من الضمان أو الحد منه"<sup>(1)</sup>. من خلال هذه المادة يتبين لنا أن المشرع الجزائري، قد جعل مسؤولية المقاول والمهندس بالضمان من النظام العام، كما رأينا سابقاً . ونفس الأمر بالنسبة لمدة الضمان.

ولقد أسبغ المشرع الجزائري مزيداً من الحماية على صاحب العمل بإيراد هذا النص وجعل مسألة الضمان واجبة، ولم يجز الإتفاق على إعفاء المقاول والمهندس من الضمان، واعتبر كل شرط يؤدي إلى ذلك باطلاً والبطلان هنا يقع في الشرط، ولا يمتد أثره إلى العقد، وإلى سائر شروطه مادامت صحيحة.

أما في القانوني الفرنسي في نص المادة 5/1792 ، فيبطل كل شرط في العقد يكون من مقتضاه الإعفاء من هذه المسؤولية، مع التأكيد أن هذا يسري بالنسبة للمهندس المعماري والمقاول، فضلاً عن سريانه بالنسبة لجميع الأشخاص الآخرين الذين إعتبرهم القانون الفرنسي في حكم المقاول والمهندس المعماري، كالفنيين والمستوردين، والممولين، ويقع باطلاً شرط يقصد به إعفاء متهم من مسؤوليتهم المفترضة عن عيوب البناء.

ويخلص مما سبق، أنه لا يجوز الإتفاق مقدماً على الإعفاء من الضمان أو الحد منه، فلا يجوز أن يشترط المقاول أو المهندس من عقد المقاولة، أنه بمجرد تسلم رب العمل للبناء، تبرأ ذمة المقاول أو المهندس من الضمان عن جميع العيوب الظاهرة والخفية على السواء، وقد قدمنا أن تسلم العمل، لا يعفي من الضمان إلا العيوب الظاهرة<sup>(2)</sup> أما العيوب الخفية، فلا يجوز الإعفاء من ضماها، وكما لا يجوز الإتفاق على الإعفاء من الضمان كذلك لا يجوز الإتفاق على الحد منه، فلا يجوز مثلاً إشتراط أن يكون الضمان لمدة خمس سنوات من وقت تسليم العمل بدلا من عشر سنوات، أو إشتراط أن يقتصر الضمان على عيوب معينة، أو لا يشمل الضمان عيوباً معينة، فكل هذه الإتفاقات باطلة لمخالفتها للنظام العام، ويرجع رب العمل بالضمان كاملاً عن جميع العيوب مدة عشرة السنوات.

(1) - تقابلها نص المادة 653 ق.م. مصري.

(2) - د.عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ج 07، ص 141.

## 2. الإتفاق على تشديد المسؤولية:

لما كانت الحكمة المقصودة من جعل المسؤولية من النظام العام هي تشديد الضمان المعماري عما تقضي به القواعد العامة، فليس هناك ما يمنع من الإتفاق على أن تكون مسؤولية المماريين أشد من المسؤولية التي تقرها المادة 554 ق.ج.ج والمقابلة للمادة 651 ق.ج.م والمادة 1792 ق م ف وعلى ذلك يجري القضاء على جواز الإتفاق على أن يبقى الضمان عن العيوب مدة تزيد عن عشر سنوات، بحسب جسامه المنشآت ودقة العمل فيها<sup>(1)</sup> أو على أن الضمان يشمل العيوب الظاهرة لمدة عشرة سنوات، أو على أن يكون المهندس ضامناً للمقاول، أو على أن يتحمل المقاول والمهندس تبعه التهدم الناتج عن حادث مفاجئ أو قوة قاهرة، فهذه الإتفاقات تحقق الهدف المقصود من جعل الضمان من النظام العام، وهو بمثابة دفع المماريين إلى بذل أقصى عناية ممكنة في العمل حتى يكون البناء متيناً خالياً من العيوب، وحتى يظل كذلك مدة لا تقل عن المدة القانونية للضمان.

## 3. نزول رب العمل عن الضمان بعد تحقق سببه:

إن تعلق مسؤولية المقاول والمهندس المعماري، بالنظام العام وعدم جواز الإتفاق على الإعفاء أو الحد منها مقدماً، لا يمنع من نزول رب العمل عن حقه في الضمان، فلقد قلنا سابقاً أن الإتفاق على الإعفاء من الضمان أو على الحد منه، دائماً هو إتفاق سابق على تحقيق سبب الضمان، فإنه في ذلك الوقت يكون هناك معنى لحماية رب العمل، إذ تأخذه عدم خبرته إلى الإستهانة بقيمة الضمان، ويغلبه المقاول أو المهندس وهو الجانب الأقوى على أمره فيدفعه إلى قبول الإعفاء من الضمان أو الحد منه<sup>(2)</sup>.

أما إذا تحقق سبب الضمان، وتبين لرب العمل خطورة العيوب التي إنكشفت فهو حر بعد ذلك، وقد ثبت حقه في الضمان، أن ينزل عن هذا الحق كله أو بعضه<sup>(3)</sup>.

وهذا النزول قد يكون صريحاً، كأن يكتب رب العمل ورقة مخالصة تنص على نزوله عن حقه في التعويض أو ضمناً كأن يقوم رب العمل بعد علمه بالتهدم بدفع باقي أجر المهندس المعماري، أو المقاول دون تحفظ، أو أن يقوم بإصلاح العيب دون تحفظ ودون إثبات الحالة، ودون أن يدفعه إلى ذلك ضرورة الإستعجال وهنا السكوت هو دلالة عن النزول الضمني عن حق الرجوع بالضمان، مدة طويلة بعد إكتشاف العيب، ولو كانت هذه المدة أقل من ثلاثة سنوات وهي المدة التي تتقادم دعاوى الضمان بإقتران السكوت بملاسات قاطعة، دلالة عن نزوله بحقه بالضمان.

(1) - د. ناجي ياقوت، المرجع السابق، ص 258.

(2) - د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ج 07، ص 143.

(3) - د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ج 07، ص 143.

كما أن نزول صاحب العمل عن الضمان بعد تحققه قد يكون كلياً أو جزئياً، إذ يمكن لرب العمل أن يعفي المقاول والمهندس كلية، أو أن يتمسك في مواجهته ببعض العيوب دون بعضها الآخر.

المطلب الثاني: المقاول من الباطن والمسؤولية العشرية :

لم يترك المشرع التزام مهندس ومقاول البناء خاضعا للأحكام العامة في الضمان التي تسري على كل عقود المقاولات، بل وضع أحكاما خاصة لهذا الضمان المادة 554 ق.م.ج والمقابلة للمادة 651 ق.م.مصري، شدد فيه من مسؤولية المهندس والمقاول، حيث جعلهما مسؤولين بالتضامن عن سلامة البناء ومكانته مدة عشر سنوات، من وقت التسليم لصاحب العمل حتى لو كان الخلل أو العيب ناشئا عن عيب في الأرض ذا ما أو رضى صاحب العمل بإقامة المنشآت المعيبة، وفي جميع الأحوال لا تسمع دعوى الضمان بعد مرور ثلاثة (3) سنوات<sup>(1)</sup> من وقت حصول التهدم أو انكشاف العيب، وذلك بغية حثهما على بذل كل عناية ممكنة فيما يقومان بتشديده من مبانٍ ومنشآت ثابتة ومن الرجوع إلى الأحكام الخاصة بعقد المقاول، يتضح أن الضمان العشري له نطاق خاص من حيث الأشخاص باعتباره حالة قانونية استثنائية أوجدها المشرع لاعتبارات خاصة أهمها حماية صاحب البناء، وبالتالي لا يتوسع فيها ولا يقاس عليها.

لهذا فإن نطاق الضمان يقتصر على المقاول الأصلي، كما أن هذا المقاول لا يتمتع إذا الضمان في مواجهة المقاول الفرعي (من الباطن).

فالمقاول من الباطن هو ذلك الشخص أو ورثته الشرعيين الذي يتعاقد معه المقاول الرئيسي على تنفيذ كل أو جزء من البناء أو المنشأ الثابت الآخر، الذي التزم بإنشائه مع رب العمل، على ألا يمنعه شرط في العقد أو لم تكن طبيعة العمل تقتضي أن يقوم به بنفسه.

والعقد الذي يبرمه المقاول من الباطن مع المقاول الرئيسي تتوفر فيه كافة خصائص عقد المقاول الأساسي. ويجري العمل في هذا النوع من التعاقد في مجال البناء والتشييد وخاصة في المقاولات الكبيرة أو المقاولات التي تتجاوز قدرات المقاول الأصلي فنيا أو ماديا، كأعمال الأساسات والتركيبات الفنية والأعمال الميكانيكية المتخصصة التي تحتاج إلى تخصص معين<sup>(2)</sup>.

ومع أن المقاول الثاني يباشر المهام نفسها التي يباشرها المهندس أو المقاول الرئيسي من تشييد وبناء كلي أو جزئي كما أن الاعتبارات التي قيلت لإخضاع المقاول والمهندس لأحكام المسؤولية الخاصة في علاقتهم برب العمل تنطبق على ما يمكن أن يقال بالنسبة للمقاول من الباطن. إلا أن المشرع الفرنسي أو من أخذ عنه من المشرعين هذه المسؤولية، لم يخضع هذا المقاول لأحكام المسؤولية الخاصة، فما هي الاعتبارات التي دفعته لذلك؟ وهل هذه الاعتبارات ما زالت قائمة؟

(1) - نص المادة 557 ق.م.ج : "تتقدم دعوى الضمان المذكور أعلاه بانقضاء ثلاثة سنوات من وقت حصول التهدم أو اكتشاف العيب للمقابلة في القانون السوري لنص المادة 620.

(2) - د. المومني السعيد، التزامات صاحب العمل و انقضاء المقاول، الطبعة الأولى، سنة 1989، ص 185.

إن الإجابة على هذين السؤالين تقتضي بنا بالبحث عن أسباب عدم خضوع المقاول من الباطن للمسؤولية العشرية في المطلب الأول، ثم ناقش الحجج والأسانيد القانونية التي أدت إلى عدم إخضاع المقاول من الباطن للضمان العشري (المطلب الثاني).

### الفرع الأول : أسباب عدم خضوع المقاول من الباطن للضمان العشري

مما لا شك فيه أن الاعتبارات التي قامت لدى المشرع الجزائري وأدت إلى قصر الضمان العشري على المقاول الأصلي دون غيره، هي نفس الاعتبارات التي قامت لدى المشرع الفرنسي عند وضعه للقانون المدني سنة 1804، وأيضاً عند تعديله لأحكام هذا الضمان في سنة 1967، حيث أقر صراحة بعدم خضوع المقاول من الباطن للمسؤولية العشرية<sup>(1)</sup> حيث نص المشرع الجزائري في نص المادة 3/554 ق.م.ج : "ولا تسري هذه المدة على ما قد يكون للمقاول من حق الرجوع على المقاولين الفرعيين" .

فالفقه الفرنسي يقسم الأسباب التي أدت إلى عدم إخضاع المقاول من الباطن إلى الضمان العشري تعود ما يلي :

#### أولاً : الأسباب المالية والفنية لعدم خضوع المقاول من الباطن للضمان العشري

وتنحصر هذه الأسباب بما يلي :

- 1- أن صاحب العمل ليس لديه دراية وخبرة كاملة بأعمال التشييد والبناء، وأنت المشرع سواء في الجزائر أو فرنسا قرر الضمان العشري لحماية صاحب العمل لعدم توافر الخبرات الفنية لديه، إذ غالباً ما يكون جاهلاً بفن البناء<sup>(2)</sup>.
  - 2- يرى أنصار هذا الرأي أن الإمكانيات المالية والفنية لدى الشركات أو الأفراد الذين يعملون من الباطن، والقول بإخضاعهم لمثل هذه المسؤولية المشددة سوف يؤدي إلى إفلاسهم وإيثارهم ماليًا<sup>(3)</sup>.
- لهذا فإن الشركات المتخصصة بأعمال المقاول من الباطن، غالباً ما تكون إمكانيات التحويلية والفنية ضعيفة، وليس لديها كفاءة توازي ما لدى المقاول الأصلي لا من الناحية الفنية ولا من الناحية المالية، لكي تكون مسؤولة عن العمل المطلوب تشييده في مجموعة، وأن القول بإخضاعها للمسؤولية العشرية قد يعرضها لمخاطر الإفلاس والايثار<sup>(4)</sup>.

(1) - Caston(A), la responsabilité des constructeurs, 2<sup>ème</sup> édition, 1979, n 391, p380.

(2) - د. غازي أبو عراي، المرجع السابق، ص129.

(3) - د. غازي أبو عراي، المرجع السابق، ص129.

(4) - د. غازي أبو عراي، المرجع السابق، ص129.

ثانيا : الأسباب القانونية التي أدت إلى عدم خضوع المقاول من الباطن للضمان العشري

يمكن حصر هذه الأسباب بما يلي :

1- عدم وجود عقد مقاولة مع صاحب العمل، إذ لا يكفي لنشوء الالتزام بالضمان العشري على عاتق المقاول من الباطن، أن يكون هذا الأخير ملتزما بمقتضى عقد مقاولة، وإنما يتعين أن يكون هذا العقد مبرما مع رب العمل مباشرة، ومثل هذا العقد غير موجود بين رب العمل والمقاول من الباطن، وإنما هناك عقد يربط رب العمل بالمقاول الأساسي الذي يرتبط في نفس الوقت بعقد بينه وبين المقاول الثاني، وبالتالي فإننا نجد أن هناك عقدين تداخلا من حيث الموضوع، واختلفا من حيث الأشخاص، وإعمالا لمبدأ نسبية الأثر الملزم للعقد فلا يخضع المقاول من الباطن للمسؤولية الخاصة طالما لم يرتبط مع رب العمل بعقد مقاولة<sup>(1)</sup>.

2- كما أن تطبيق أحكام هذه المسؤولية على المقاول الثاني فينطوي على مخالفة لأحكام القانون الفرنسي رقم 334 لسنة 1975 الخاص بحماية المقاولين من إفلاس أو تصفية أعمال المقاول الأصلي والذي بموجبه جعل هذا الأخير مسؤولا عن أعمال المقاول من الباطن في مواجهة رب العمل، كما قال بعض أعضاء الجمعية الوطنية الفرنسية، ولو لم يعتبر المقاول من الباطن من أتباعه بالمعنى الدقيق وفقا لقواعد مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعيه<sup>(2)</sup> وبالتالي لا حاجة لإخضاع المقاول من الباطن للمسؤولية العشرية. هذه أهم الدوافع والاعتبارات العملية، وكذلك الأسانيد القانونية التي حدث بالمشروع الجزائري، وكذلك الفرنسي قديمه وحديثه إلى استناد المقاول من الباطن من الضمان العشري.

الفرع الثاني : مناقشة الحجج والأسانيد القانونية التي أدت إلى عدم إخضاع المقاول من الباطن

للضمان العشري

لا شك أن الحجج السالفة التي سبق سردها حجج قوية ومقنعة ويعود ذلك إلى ما تستند إلى التفسير الصحيح للنصوص القانونية سواء كان نص المادة 554 ق.م.ج أو نص المادة 1792 من ق.م.ف. التي اشترطت لتطبيق أحكام الضمان العشري وجود عقد مقاولة مبرم مع صاحب العمل، وسبق أن رأينا أن التعديل الذي أدخله القانون الصادر في سنة 1978 في فرنسا حدد على سبيل الحصر الأشخاص الذين يخضعون لأحكام هذا الضمان وليس من بينهم المقاول من الباطن فضلا عن العديد من الأحكام القضائية التي أغلقت الباب أمام إمكانية خضوع

(1) - د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ج 7، ص 439 وما بعدها.

(2) - د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ج 7، ص 103.

العلاقة بين المقاول الأصلي والمقاول من الباطن لأحكام المسؤولية العشرية<sup>(1)</sup>. ومع ذلك فإن هذه الاعتبارات تؤثر على الدور الهام الذي يلعبه المقاول من الباطن في حياتنا العملية، لاسيما مع كثرة اللجوء إلى المقاول من الباطن، ومع ازدياد ظاهرة التخصص في فن البناء، ومخاطر قيام هذا المقاول بالدور الذي يقوم به المقاول الأصلي، كل هذه الاعتبارات تدفع إلى المطالبة من جديد بضرورة إخضاع المقاول من الباطن لأحكام المسؤولية العشرية، كضمان خاص غايته حماية المضرورين من أعمال البناء التي يقوم بها المقاول والمهندسون<sup>(2)</sup>.

بناءً على ذلك فإن الأمر يتطلب منا مناقشة الأسباب التي كانت وراء عدم إخضاع المقاول من الباطن لأحكام الضمان العشري وذلك على النحو التالي :

**أولاً :** فيما يتعلق بالحجة القانونية الأولى المتمثلة بعدم وجود رابطة عقدية بين رب العمل والمقاول من الباطن كشرط لسريان المسؤولية الخاصة في مواجهة هذا الأخير :

أ) يستند أصحاب هذا الرأي إلى الطبعة القانونية للمسؤولية الخاصة بالمعماريين والتي يرون أنها ذات طبيعة عقدية أساسها عقد المقاولة<sup>(3)</sup>.

أما البعض الآخر من أصحاب هذا الرأي فيرى أن طبيعة هذه المسؤولية طبيعة مزدوجة : عقدية قانونية، أما أصحاب الرأي المخالف والذين يقيمون هذه المسؤولية على أساس تقصيري أو من يقيمونها على أساس أنها مسؤولية استثنائية أوجدها القانون، فإن اشتراط وجود عقد مقاولة لقيام هذه المسؤولية ليس له قيمة من وجهة نظرهم<sup>(4)</sup>.

كما أن المشرع الفرنسي قد أهدر هذا الشرط، عندما قرر بالقانون الصادر 1978 المشار إليه سابقاً، والذي قرر المسؤولية العشرية لبائع العقار تحت التشييد، أو في حالة الإنجاز، وكذلك للوكيل عن مالك البناء والذي يقوم بمهمة مماثلة للمقاول والصانع لعمل أو لجزء من عمل أو لعنصر تجهيزي فيه وكذلك المورد والموزع لكل هذا أو حتى لجزء منه، معماريين، تسري في مواجهتهم أحكام المسؤولية الخاصة، بل أن المشرع لم يتطلب لتعيين هذه المسؤولية في بعض الأحيان أي رابطة عقدية بين رب العمل ومن يخضعه لأحكام هذه المسؤولية في بعض الأحيان أي رابطة عقدية بين رب العمل ومن يخضعه لأحكام هذه المسؤولية مثل صانع العمل، أو جزء منه أو عنصر تجهيزي فيه، إضافة للمستورد والموزع لهذا العمل أو هذا العنصر التجهيزي.

فإذا كان المشرع الفرنسي قد أهدر هذا الشرط وخرج عليه تحقيقاً للمصلحة الخاصة والعامّة، أليس أحوج في إخضاع المقاول من الباطن لهذه المسؤولية ؟

(1)- civ, 20 Juin 1989, Bull. Civ. 111. No 146. civ 3<sup>e</sup> 26 Mai 1992, Bull. Civ. No 167

(2) - د. خالد أبو عرابي، المرجع السابق، ص 171.

(3) - د. الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 124.

(4) - للتفصيل أكثر حول هذه النقطة، أنظر الطبيعة القانونية للضمان العشري، ص 249 و ما بعدها من هذه الرسالة.

لهذا في رأينا الخاص، كان على المشرع الفرنسي أن يخضع للمسؤولية العشرية ولو بنص خاص المقاول من الباطن، بعد انتشار ظاهرة المقاولين من الباطن، حيث أصبح المقاول الأصلي لا ينفذ الأعمال المسندة إليه كلها أو جزء منها إلا من خلال مقاول من الباطن أو أكثر، وهذا يؤكد أن المقاول المحلي هو المقاول من الباطن الذي يفترض خضوعه للمسؤولية العشرية، كما هو الشأن بالنسبة للمقاول الأصلي.

(ب) أن المشرع الفرنسي أوجد صلة قانونية بين صاحب العمل والمقاول من الباطن وذلك عندما أعطى هذا الأخير بشروط خاصة أهمها موافقة صاحب العمل للمقاول من الباطن على الشروط الخاصة <sup>(1)</sup> ذا الأخير <sup>(1)</sup>. وكذلك أعطى المشرع الجزائري الحق للمقاول من الباطن برفع الدعوى المباشرة ضد صاحب العمل ليتقاضى ما أجره أو القدر المتبقي منه، وذلك حماية لمصلحة المقاول من الباطن وتحصينا له من إفلاس المقاول الأصلي طبقا لنص المادة 565 ق.م.ج التي تنص على : " يكون للمقاولين الفرعيين والعمال الذين يشتغلون لحساب المقاول في تنفيذ العمل، حق مطالبة رب العمل مباشرة...".

إن إخضاع المقاول من الباطن لأحكام المسؤولية العشرية مخالف للقانون الفرنسي رقم 334 لسنة 1975 الذي صدر بقصد حماية أجر مقاوله هذا الشخص في مواجهة المقاول الأصلي، فليس هناك تعارض بين الحمايتين كما أن القانون ذاته لم يقر صراحة عدم خضوعه لأحكام هذه المسؤولية. وأخيرا وعلى سبيل الفرض أن هناك تعارض بين تطبيق أحكام المسؤولية الخاصة وتطبيق أحكام القانون رقم 334 لسنة 1975. فإن رب العمل والصالح العام أولى بالحماية خاصة وأن معظم عمليات المباني التي دمت نجد وراءها في أغلب الأحيان مقاولا من الباطن لم يكن حريصا على أداء عمله بالدقة والأمانة والإخلاص، خصوصا وهو يعلم أنه متحرر من هذا الضمان بمجرد تسلم العمل وقبوله من قبل المقاول الأصلي الذي لا يستطيع الرجوع عليه إلا طبقا للقواعد العامة.

ثانيا : إن عدم خضوع المقاول من الباطن للضمان العشري يترتب عليه آثار ضارة، فالتأمين الإجباري يرتبط في فرنسا بالمسؤولية العشرية وجودا وعدما، وعدم خضوع المقاول من الباطن لأحكام هذه المسؤولية يترتب عليه عدم خضوعه لأحكام التأمين الإجباري، وذلك على الرغم من أن الحكمة من هذا التأمين حماية المضرورين من دم البناء للحصول على تعويض سريع وكامل، وتحقيق هذه الغاية يتطلب التأمين الإجباري للمسؤولية الناشئة عن جميع أعمال الأشخاص الذين يشاركون في عملية البناء، وبالتالي يستوي أن يكون مقاولا أصليا أو مقاولا من الباطن،

(1) - د. خالد أبو عرابي، المرجع السابق، ص173.

فالعلة قائمة في الحالتين<sup>(1)</sup>، والقول بغير ذلك يعرض حق المضرورين في الحصول على تعويض كامل للخطر، لاسيما وأن المقاول من الباطن غالبا ما تكون إمكانياته المالية ضعيفة<sup>(2)</sup>.

**ثالثا :** فيما يتعلق بالحجج المالية والاعتبارات الفنية، من حيث ضعف المقاول الباطن سواء كان شركة أو شخصا عاديا، فنيا أو ماليا، وإن إخضاعهم لهذه المسؤولية يعرضهم للإفلاس، وإيثار هذا النوع من النشاط، فإن الواقع الفعلي وما يجري عليه العمل في مجال مقاولات البناء والمنشآت الأخرى لا يؤيد هذه الحجة، لأن الغالب أن المقاول الأصلي يعهد إلى المقاول من الباطن الأعمال التي لا طاقة له بها فنيا أو ماليا كأعمال الأساسات والتراكيب الفنية الكبرى، وأعمال الكهرباء والميكانيك إلى غير ذلك من الأعمال التي لا تقوم إلا شركات ذات كفاءة فنية ومالية عالية ولا قدرة للمقاول الأساسي عليها<sup>(3)</sup>.

**رابعا :** أن القول بأن المشرع أراد فرض الضمان العشري حماية صاحب العمل فقط، فيه إهدار للمصلحة العامة باعتبار المباني عنصر هام من عناصر الثروة الوطنية، وعليه يؤكد أن المشرع جعل أحكام الضمان العشري من النظام العام، ورتب البطلان كجزاء على كل شرط يخالف هذه الأحكام<sup>(4)</sup>.

وبعد مناقشة الحجج القانونية والدوافع والاعتبارات العملية التي حثت بالمشرع الفرنسي في المادة 1972 إلى تحديد الأشخاص الذين ينطبق عليهم الضمان العشري على سبيل الحصر وليس من بينهم المقاول من الباطن.

فإذن فصفوة القول بأن المشرع الجزائري، سار على غرار المشرع الفرنسي بالضمان العشري في القانون المدني الجزائري هو ضمان قانوني، جاء بنص خاص لا يجوز التوسع في تفسيره ولا يقاس عليه. يضاف إلى ذلك، أنه يشترط لقيام الضمان العشري وجود رابطة عقدية مع صاحب العمل الحقيقي والذي جاء هذا الضمان لحمايته لأنه غالبا ما يجهل فن البناء والتشييد ويتعامل مع أهل الفن ممن لديهم خبرة تامة في هذا المجال، ومما يؤكد ذلك أن المشرع الجزائري يؤكد في المادة 564 من ق.م.ج. والتي تجيز المقاولة من الباطن، على أنه في حالة وجود مقاول من الباطن تبقى مسؤولية المقاول الأول قائمة قبل صاحب العمل<sup>(5)</sup>.

رغم كل ذلك، فإننا نعتقد أن تحقيق هدف المشرع بتوفير حماية فعالة لصاحب العمل في قطاع البناء الذي يعد ركيزة أساسية للاقتصاد الوطني، يتطلب إخضاع المقاول من الباطن للضمان العشري، بسبب ما نشهده من توسع هائل في أعمال المقاولات من الباطن، مع ازدياد ظاهرة التخصص في نوع معين من أعمال البناء، الأمر الذي أصبح معه

(1) - د. خالد أبو عرابي، المرجع السابق، ص174.

(2) - د. خالد أبو عرابي، المرجع السابق، ص174.

(3) - د. عبد الرزاق يس، المرجع السابق، ص444.

(4) - د. خالد أبو عرابي، المرجع السابق، ص174.

(5) - د. خالد أبو عرابي، المرجع السابق، ص175.

المقاول من الباطن هو المقاول الفعلي في هذه الأعمال، فهذا المقاول يقوم بأعمال لا تقل أهمية عما يقوم به الصانع والمورد وغيرهم ممن أخضعهم المشرع الفرنسي للضمان العشري، بموجب القانون الصادر عام 1978 سالف الذكر<sup>(1)</sup>، والسبيل إلى ذلك هو أن يتدخل المشرع الجزائري ليقرر صراحة خضوع المقاول من الباطن للضمان العشري، وسوف يؤدي إلى تحقيق الحماية الفعلية المرجوة من فكرة الضمان العشري، وذلك من خلال توسيع دائرة هذا الضمان لكي يغطي المقاول من الباطن.

إن هذا التدخل سيؤدي إلى تحقيق المصلحة العامة، لاسيما مع تزايد الإقبال على المقاولة من الباطن، وإخضاع هذا النوع من النشاط للمسؤولية العشرية يجعل المقاول من الباطن يبدل قصارى جهده وطاقته في سبيل إنجاز العمل الموكول إليه على أحسن وجه، وفي أتم صورة وبذلك يساهم في المحافظة على سلامة أرواح الناس وأموالهم. وأخيرا، إن إخضاع المقاول من الباطن للضمان العشري سوف يؤدي إلى محاصرة محاولات الغش في أعمال مقاولات البناء خاصة في مواد البناء التي تستعمل لتحقيق أكبر قدر ممكن من الكسب الغير مشروع، إذ أن مسؤولية المقاول الفرعي تنتهي عند تسليم الأعمال التي عهد له إليه المقاول الأصلي، وأن هذا الأخير سيكون هو المسؤول عنها أمام صاحب العمل<sup>(2)</sup>.

(1) - د. خالد أبو عرابي، المرجع السابق، ص176.

(2) - د. خالد أبو عرابي، المرجع السابق، ص176 و ما بعدها.

خاتمة الفصل الأول:

إن المسؤولية العشرية ، تعتبر خروجاً على المبدأ القديم ، و الذي مفاده أن للتسليم أثر معفي من المسؤولية عن الأضرار كقاعدة عامة ، إلا أن المشرع الجزائري و باقي المشرعين الآخرين (الفرنسي ، المصري....) قد خرجوا على هذا المبدأ بوضعهم لنص المادة 554 ق.م.ج 651 ق.م.م، و المادة 1792 . 2270 ق.م.ف و ما بعدها

غير أن المادة 554 ق.م.ج. إكتفت بالمقاول و المهندس المعماري على عكس المشرع الفرنسي الذي أدخل عدة أشخاص في نطاق المسؤولية العشرية ، ، فالضمان العشري ، قد يطبق على أشخاص يرتبطون مع رب العمل بعقد مقاوله (المقاول و المهندس المعماري) كما قد يطبق على أشخاص لا يرتبطون مع المقاول بعقد مقاوله كالمستورد، و المنتج، و بائع العقار.... الخ.

ومن جهة أخرى ، رأينا المشرع أن المشرع الجزائري رغم التعديلات التي جاء بها بموجب المادة 178 من قانون 07/95 المتعلق بالتأمينات ، و المادة 46 من القانون 04/11 المحددة للقواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية ، والتي أدخلت أشخاص أخرى في الضمان العشري.

الفصل الثاني: الضمانات القانونية الخاصة الاخرى وانتهاء عقد المقاولة

لم يكتفي المشرع بالضمان العشري من أجل اصباغ حماية خاصة أكثر تشددا من القواعد العامة كما درسنا سابقا، بل أقر ضمانات أخرى حديثة .  
و لعل المشرع الفرنسي كان السباق الأول في وضع هذه القواعد الحمائية ، التي تدف إلى زيادة حماية رب العمل ، و الاشخاص الاخرين الذين أقر لهم القانون هذه الحماية  
فبعد أن قام المشرع الفرنسي بتعديل المادتين 1792 و 2270 ق.م.ف، و ذلك بالتوسع في النطاق الموضوعي ، قد أنشأ كذلك ضمانات أخرى تكميلية تعالج ما خرج عن نطاق المسؤولية العشرية ، وتلم ما شرد من أحكامها ، حيث تؤلف معها نظاما متكاملا لهذه المسؤولية الخاصة بالمعماريين في ثوبا الجديد.  
وتمثل هذه الضمانات في:

1. ضمان كفاءة الأداء ، ولمدة زمنية بحد أدنى سنتين ،
2. كما أقر ضمانا آخر ، سمي أيضا " ضمان تمام الإنجاز أو الضمان السنوي".

أما المشرع الجزائري ، فقد أقر ضمان سماه "ضمان حسن التنفيذ" ، بمقتضى القانون 04/11 ، حيث يجمع هذا الضمان نوعين من الضمان هما "الإتمام الكامل لأشغال الإنجاز" و الثاني "حسن سير عناصر تجهيز البناية".  
وبعد قيام المقاول أو المهندس المعماري ورب العمل بتنفيذ كل التزامهم الملقاة على عاتقهم ، تنتهي عقد المقاولة.  
إن عقد المقاولة ينتهي كغيره من العقود بتنفيذ كل من طرفيه التزاماته طبقا لشروط العقد المتفق عليها ،  
وقد يكون سبب ذلك يعود لأحد المتعاقدين أو أسباب خارجة عن إرادة المتعاقدين ومن الجدير بالذكر أن المشرع قد نظم انتهاء عقد المقاولة من المواد 566-570 ق.م.ج  
لهذا سوف نقسم هذه الدراسة إلى مبحثين :

المبحث الاول: الضمانات القانونية الخاصة الاخرى

المبحث الثاني : انتهاء عقد المقاولة

المبحث الاول: الضمانات القانونية الخاصة الاخرى

لم يكتفي المشرع الفرنسي بما أدخله بتعديله التشريعيين المتتاليين لنص المادة 1792 و 2270 ق.م.ف، من توسع في النطاق الموضوعي لتطبيق أحكام هذه المسؤولية الخاصة المتمثلة في الضمان العشري فقط بل أنشأ ضمانات أخرى تكميلية لذلك الضمان أو المسؤولية العشرية.

إن المشرع الفرنسي عندما أدخل هذه الضمانات في نطاق التقنين المدني الفرنسي، لم يوجد لها من العدم، ولم يأت لها من الفراغ، بل لقد كانت قبل أن يقرها تشريعياً، تعيش الواقع العملي الملموس، وتستنشق نسيم الحياة اليومية مع الأفراد والجماعات في معاملا م، ويقضي لها القضاء الفرنسي، استناداً إلى أن العقد شريعة المتعاقدين، سواء طبقاً بصريح عبارته، أو استجلاء لروح هذه العبارات، وسعياً وراء مقاصد الأطراف منها.

والمشرع الفرنسي، عندما قرر هذه الضمانات المستحدثة لم يقرها دفعة واحدة أو في تعديل تشريعي واحد، بل خضع في تقنينها تشريعياً لمتطلبات العمل ومقتضيات الحياة، وحاجة التعامل، وهكذا قرر أولاً بتدخله التشريعي الأول ما سمي بضمان الأعمال الصغيرة أو الضمان الثنائي بالمقابلة لضمان الأعمال الكبيرة أو الضمان العشري، ثم قرر ثانياً بتدخله التشريعي الثاني، ما أسميناه بضمان كفاءة الأداء أو ضمان حسن الإنجاز " la garantie de bon fonctionnement" ولمدة زمنية قصيرة.

المطلب الاول : ضمان الأعمال أو الضمان الثنائي "la garentie biennale" المقرر بمقتضى

القانون رقم 3 لسنة 1967

تنص المادة 2270 من القانون المدني بعد تعديلها بالقانون رقم 3 لسنة 1967 في 3 جانفي 1967 بما يلي: "يكون المهندسون المعماريون والمقاولون وغيرهم من الأشخاص الذين يرتبطون مع رب العمل بعقد مقاولة متحررين من ضمان الأعمال التي أقاموها أو أداروا عملية إقامتها، وذلك بعد انقضاء عشر سنوات بالنسبة للأعمال الكبيرة وستين بالنسبة للأعمال الصغيرة".

سوف تقتصر دراستنا لهذا الضمان على النطاق الموضوعي المتمثل في الأعمال الصغيرة التي لم يشملها نطاق تطبيق الضمان أو المسؤولية العشرية، وكذلك المدة التي قررها المشرع الفرنسي كشرط لسريان أحكام هذا الضمان.

الفرع الاول: موضوع الضمان : الأعمال الصغيرة "les menus ouvrages"

لقد مرت فكرة الأعمال الصغيرة بمرحلتين : مرحلة ما قبل قانون 3 جانفي 1967 ومرحلة ما بعد صدور هذا القانون وسريانه، وحتى تاريخ سريان القانون رقم 12 لسنة 1978، لهذا سوف نتعرض لمفهوم الأعمال الصغيرة في كل مرحلة على حدة.

البند1: الأعمال الصغيرة قبل قانون 3 جانفي 1967 :

في خلال هذه الفترة، المشرع لم يتعرض لتعريف ماهية الأعمال الصغيرة، كما فعل مع الضمان العشري في نص المادة 1792، وعن تقادم دعوى الضمان العشري في نص المادة 2270 مدني فرنسي. أما من جانب القضاء الفرنسي لم يكن يهتم أيضا بأن يتعرض لتحديد الأعمال الصغيرة أو أن يضع لها تعريفا، فكان مهتما بتحديد الأعمال الكبيرة التي تشكل مجال تطبيق الضمان العشري. لهذا فلقد اجتهد بعض الفقه الفرنسي عن طريق مفهوم المخالفة للمعيار الذي وضعه القضاء الفرنسي لتعيين الأعمال الكبيرة، فقرر على أ ل : "كل الأعمال فيما عدا هيكل البناء ذاته أو الأجزاء الرئيسية فيه"<sup>(1)</sup>.

(1) - د. عبد الرزاق يس، المرجع السابق، ص236-237.

القسم الأول :

الأعمال المتعلقة بالأجزاء أو بالعناصر الثانوية في العمل الكبير، مثل أعمال الزجاج العادية، أو التي تمثل طابعا خاصا في البناء، وكذلك التبليط، أو وضع بلاط الأرضيات على الأقل تلك لا تشكل جسما واحدا مع المواد التي تحتها، وكذلك كل أعمال التغطيات المختلفة، مثل التغطية الخارجية بالصفائح والألمنيوم<sup>(1)</sup>.

القسم الثاني :

الأعمال التبعية أو التكميلية، حتى ولو كانت مخصصة لأعمال كبيرة، مثل أعمال التمليط والتخصيص "travaux de ravolement"، كذلك أعمال الدهانات أو الطلاءات<sup>(2)</sup>.

القسم الثالث :

كل التركيبات التكميلية تعتبر من الأعمال الصغيرة، لأنها لا تشكل مع البناء جسما واحدا ولا يقبل الانفصال، كما أنها عادة ما تكون من طبيعة منقولة، وهذه الصفة تخرج عن تطبيق الضمان العشري، من ذلك على سبيل المثال تركيبات أجهزة التدفئة أو التسخين المركزية، وذلك إذا كانت هذه التركيبات لا تكون مندمجة مع العمل الكبير، وهو الأمر الغالب، تبعا لأهمية هذه التركيبات الحديثة<sup>(3)</sup>، كذلك التركيبات المتعلقة بالنواحي الصحية بشرط أن تكون الأجهزة منفصلة، وقابلة للفك بسهولة، دون أي تأثير على هيكل البناء ذاته أو الأجزاء الرئيسية. إن عملية تحديد عناصر العمل الصغير وتعيينه ما إذا كان يعد عملا صغيرا أم لا، كان قبل صدور قانون 3 جانفي 1967، يدخل في حدود السلطة التقديرية المطلقة لمحكمة الموضوع، تقدره في حدود معطيات كل دعوى وظروفها الخاصة<sup>(4)</sup>.

فالمحاكم لم تتفق على معيار واحد، حول ما إذا كان العمل يعتبر كبيرا فيدخل تبعا لذلك في نطاق الضمان العشري، وما إذا كان العمل صغيرا، فلا تسري عليها هذه الأحكام.

ولذلك نجد أعمالا تعتبرها المحاكم من قبيل الكبيرة، إذ بمحاكم أخرى تعتبرها صغيرة فبينما اعتبرت محكمة أميان وضع واجهة محل تجاري عملا صغيرا، لا تخضع لأحكام المسؤولية الخاصة بالمهندس المعماري والمقاول، وبالتالي تحرر هذان

(1) - د. عبد الرزاق يس، المرجع السابق، ص 237.

(2) - Boubli, Op-cit , p196.

(3) - د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 938.

(4) - Mazaud(m), traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle , 1956، paris، p133.

المعماريان من المسؤولية بمجرد التسلم، إذ بمحكمة أخرى تعتبر هذا العمل من الأعمال الكبيرة التي تخضع لأحكام المسؤولية العشريه<sup>(1)</sup>.

البند 2: الأعمال الصغيرة طبقا لقانون 3 جانفي لسنة 1967 ومرسوم تطبيقه رقم 1166 لسنة

1967 :

عندما استحدثت المشرع الفرنسي هذا الضمان الثنائي، واختص به الأعمال الصغيرة التي كانت تخرج من نطاق تطبيق أحكام الضمان العشري لم يعطي في نص تقريره تعريفا معينا أو تحديدا خاصا بالأعمال الصغيرة التي تشكل النطاق الموضوعي لتطبيق أحكام هذا الضمان، ولكن المرسوم رقم 1166 لسنة 1967، عرّف في المادة 12 منه الأعمال الصغيرة، وأعطى قائمة تمثيلية لهذه الأعمال فنص في الفقرة الأولى منه 1/12 على أن الأعمال الصغيرة "les menus ouvrages" : "ما عدا الأعمال<sup>(2)</sup> الكبيرة في البناء، مبنية كانت أو مصنوعة أو مركبة في مكان ما بواسطة المقاول"، وطبقا لهذا النص، فكل ما لا يعتبر عملا كبيرا، فهو صغيرا لا يدخل في النطاق الموضوعي للضمان الثنائي.

وذا التمثيل، استطاع الفقه والقضاء الفرنسيان، أن يستنبطا معيارين لتمييز هذه الأعمال من غيرها، حتى يمكن حصر نطاق أحكام هذا الضمان المستحدث عليهما دون غيرها، فالمعيار الأول هو "معيار الخارجية l'exteriorité" أي كون العمل خارجا عن هيكل البناء ذاته أو العناصر الرئيسية فيه التي لا يقوم بدوما، و المعيار الثاني هو "معيار المنقولية la mobilité"، أي كون العمل منقولاً في أصله وبحيث يمكن فكّه وتركيبه دون أن يؤثر ذلك على البناء في ذاته، أو يصيبه بضرر<sup>(3)</sup>.

بالرغم من وجود هذين المعيارين، إلا أنه ما زالت بعض التطبيقات العملية يشو ما بعض الغموض، فتارة تصنفها بعض المحاكم أعمالا كبيرة، وتارة أخرى تصنفها بعض المحاكم أعمالا صغيرة والأمثلة على ذلك :

- أعمال الطلاء والديكور، فمن حيث المبدأ لا تطبق عليها أحكام المسؤولية العشريه وُجب أن تخضع

لأحكام الضمان الثنائي، ومع ذلك فقد اعتبر ما بعض المحاكم من الأعمال الكبيرة، التي تخضع لأحكام الضمان العشري<sup>(4)</sup>.

(1) - د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 939.

(2) - Art 12/1 : « les ouvrages sont les éléments du bâtiment autres que les gros ouvrages, façonnés, fabriqués ou installés par l'entrepreneur ».

(3) - Boubli, Op-cit, p171-172.

(4) - د. عبد الرزاق يس ، المرجع السابق، ص 945.

- أعمال التبليط تعتبر أحيانا من الأعمال الكبيرة فتسري عليها أحكام المسؤولية العشرية سيما إذا كان العيب في مجموعها، في حين تعتبر أحيانا أخرى من الأعمال الصغيرة التي تحكمها قواعد المسؤولية الثنائية<sup>(1)</sup>.

- كما أن بعض المحاكم اعتبرت أجهزة التسخين المركزية من الأعمال الكبيرة، فأدخلتها بذلك ضمن النطاق الموضوعي للضمان العشري، بينما اعتبر المحاكم أخرى من الأعمال الصغيرة، فأدخلتها بذلك ضمن النطاق الموضوعي للضمان الثنائي<sup>(2)</sup>.

إن هذه التطبيقات المتضاربة، تعكس بوضوح عن مدى تضارب أحكام القضاء الفرنسي في وصفه للأعمال الصغيرة، وإن لم يكن على شيء فهو بالتأكيد يدل على مدى صعوبة وضع حد فاصل بين ما يعتبر من الأعمال الكبيرة وما يعتبر من الأعمال الصغيرة.

غير أن أهم شيء إيجابي جاءت به المادة 11، 12 من المرسوم رقم 1166، أن عملية تكييف العمل ما إذا كان صغيرا أو كبيرا أصبح عملا قانونيا، تباشره محكمة الموضوع تحت رقابة محكمة النقض، إذا أصبح الأمر تكييفا قانونيا، وليس كما كان عليه الحال قبل صدور قانون 3 جانفي 1967، من حيث كانت من أعمال الواقع التي تخضع في تقديرها للسلطة المطلقة لمحكمة الموضوع، تباشرها دون رقابة عليها فيها من محكمة النقض<sup>(3)</sup>.

### الفرع الثاني : المدة كشرط لإعمال أحكام ضمان الأعمال الصغيرة :

بعد أن تطرقنا إلى ماهية العناصر الصغيرة التي دخلت تشريعنا بموجب قانون 3 جانفي 1967 وتعديله لنص المادة 2270 مدي فرنسي، في النطاق الموضوعي لتطبيق أحكام المسؤولية الخاصة محل دراستنا، نخص الآن هذه الدراسة شرط المدة كي تقوم معها المسؤولية الثنائية.

### البند 1 : ضمان الأعمال الصغيرة في طوره القضائي

لما كان تطبيق أحكام الضمان العشري طبقا لنص المادتين 1792، 2270 في صياغتها الأصلية سنة 1804، قد قصره فقط على الأعمال الكبيرة أو غيره من المنشآت العقارية الأخرى، فكانت النتيجة أن المهندس والمقاول لا يسألان طبقا لأحكام هذا الضمان، كما يشوب الأعمال الصغيرة في البناء أو المنشآت الثابتة من عيوب، وتبرأ ذمتها بمجرد التسليم.

(1) - د. عبد الرزاق يس، المرجع السابق، ص 245.

(2) - د. عبد الرزاق يس، المرجع السابق، ص 946.

(3) - د. عبد الرزاق يس، المرجع السابق، ص 947.

نتيجة لذلك وما ظهر للقضاء من عدم عدالة المبدأ الذي كان قد استقر عليه من عدم ضمان العيوب التي تشوب الأعمال الصغيرة في البناء، وترك رب العمل بلا حماية بالنسبة لها. خاصة بعد تزايدها الملحوظ في عصرنا الحالي، بدأت إرهابات التحول عن هذا القضاء تتساوى منذ بداية عام 1941.

وفي هذا الوضع، قررت غرفة العرائض بمحكمة النقض الفرنسية في 26 مارس 1941، ولأول مرة مسؤولية المقاول عن العيوب الخفية التي كانت قد شابت الأعمال الصغيرة في البناء، ولم يكتشف أمرها إلا بعد التسلم، ثم تلا هذا الحكم حكم آخر صادر عن الدائرة الاجتماعية بذات المحكمة في 15/05/1942<sup>(1)</sup>.

لكن الدائرة المدنية بمحكمة النقض عادت وأكدت من جديد في حكمين متتاليين لها أن التسلم بدون تحفظات يبرئ ذمة المهندس المعماري والمقاول

إلا أنه وما لبث الأمر، إلا أن عدلت الدائرة المدنية بمحكمة النقض الفرنسية عن قضائها هذا بحكم شهير لها في 4 جانفي 1958، يعرف "بحكم بلانبل Blanbel" حيث قضت فيه: "أنه وإن كانت مسؤولية المقاول عن العيوب التي تشوب الأعمال الصغيرة تنقضي بتسلم الأعمال بدون تحفظ، إلا أن هذا القول قاصر على العيوب التي تكون ظاهرة لرب العمل عند التسلم، أما بالنسبة للعيوب التي تشوب تلك الأعمال، وتكون خفية لحظة التسلم بحيث لم يستطع رب العمل كشفها فإن مسؤولية المقاول عنها تستمر إلى ما بعد التسلم، وحتى يتم اكتشافها خلال مدة التقادم الطويل (30 سنة) شريطة أن يباشر رب العمل دعواه بالرجوع، في خلال المدة القصيرة بعد اكتشاف هذا العيب"<sup>(2)</sup>.

ومن خلال هذا الحكم الشهير، نستطيع أن نستنبط شرطين لتحقيق هذا الضمان القضائي هما:

**– الشرط الأول:** وهو أن يكون العيب الذي لحق العمل الصغير خفياً<sup>(3)</sup>، بحيث لا يستطيع رب

العمل كشفه عند التسلم.

**– الشرط الثاني:** هو ضرورة أن يباشر رب العمل دعواه بالرجوع على المهندس المعماري والمقاول أو

كليهما خلال المدة القصيرة "le bref délai" من تاريخ انكشاف العيب لرب العمل.

وفيما يخص المدة القصيرة، فهي نفس المدة المنصوص عنها في المادة 1648 مدني فرنسي، والتي تقضي: "الدعوى الناتجة عن العيوب الموجبة لرد الشيء المبيع، يجب أن تكون مباشرة في خلال المدة القصيرة، تبعا لطبيعة العيوب الموجبة للرد، وعرف المكان الذي جرى فيه البيع".

(1) - د. عبد الرزاق يس، المرجع السابق، ص 253.

(2) - د. عبد الرزاق يس، المرجع السابق، ص 254، نقلا عن: نقض مدني (الدائرة الأولى) 10808 JCP 1958/1/4 (الحكم الأول) تعليق شارك. د. 1958، ص 457، T.D.C 167-1-1958 G.P.

(3) - أنظر في هذا المعنى، شرط الخفاء، في شروط الضمان العشري، ص 243 من هذه الرسالة.

ولقد استوحى القضاء هذه المدة من أحكام عقد البيع ليطبقها في نطاق أحكام عقد المقاولة لذلك استلزم من رب العمل أن يباشر دعواه بالرجوع على المهندس المعماري والمقاول بسبب العيوب الخفية التي شابت الأعمال الصغيرة في خلال هذه المدة القصيرة، قياسا على ضمان العيوب الخفية في عق البيع، والتي يجب أن تباشر دعوى الفسخ أو دعوى إنقاص الثمن بسببها في خلال هذه المدة طبقا لصريح نص تقريرها<sup>(1)</sup>.

ولما كانت هذه المدة القصيرة غير محددة بزمن معين لذلك فقد تركت محكمة النقض الفرنسية سلطة تقديرها لقضاء الموضوع يقدرها بمقتضى سلطته المطلقة، دونما رقابة عليه من محكمة النقض في ذلك، تبعا لطبيعة العيوب التي لحقت بالأعمال الصغيرة، وكذا طبقا لعرف الجهة التي يقع في دائر العقار<sup>(2)</sup>.

### الأساس القانوني الذي يستند القضاء عليه :

لقد اختلفت وجهات النظر، وانقسموا إلى شقين :

### الوجه الأول :

يجد القضاء أساسه في القواعد العامة للمسؤولية العقدية، ذلك أنه إذا كان التسلم يعتبر إقرارا من رب العمل للأعمال بتقبلها بدون تحفظ، وبأ ما خالية من العيوب، إلا أن هذا الإقرار يكون فقط بالنسبة للعيوب الظاهرة التي يكون بإمكان رب العمل الوقوف عليها عند التسليم، أما تلك العيوب الخفية التي لم يكن له أن يكتشفها فكيف له أن يعرفها، لذلك يجب عند أنصرا هذا الرأي، أن ينصب الأثر المعفي للتسلم من المسؤولية على الإعفاء من المسؤولية عن العيوب الظاهرة فقط، أما تلك العيوب الخفية والتي لم يكن لرب العمل اكتشافها، أو انقضاء مدة التقادم الطويل (30 سنة) اعتبارا من تاريخ التسلم.

كذلك فإن القضاء تطلب من رب العمل، أن يثبت وجود العيوب، وأنه كان خفيا عند التسلم<sup>(3)</sup>. وكذلك إثبات خطأ المعمارين<sup>(4)</sup>، بالإضافة إلى أن هذه المسؤولية لا تتقادم إلا بمضي ثلاثين سنة من يوم التسلم، أي طبقا للقاعدة العامة في التقادم الطويل، كذلك أن أحكام هذه المسؤولية لا تتعلق بالنظام العام<sup>(5)</sup> وكل هذه الأحكام لا تخرج عن القواعد العامة في المسؤولية العقدية.

(1) - Boubli, Op-cit, p170.

(2) - د. عبد الرزاق يس، المرجع السابق، ص956-957.

(3) - civ, 8/11/1900, G.P.1961/1, p63.

(4) - Boubli, Op-cit, p170

(5) - civ (1<sup>er</sup> chambre) 25/10/1967 B 1967/1, N311, p234.

أما كون القضاء قد تطلب أن ترفع دعوى الضمان خلال مدة قصيرة، فهذا ليس معناه تأسيس هذه المسؤولية على فكرة ضمان العيوب الخفية في الشيء المبيع، وإنما قصد القضاء من ذلك التعجيل برفع الدعوى، ولا يمكن القول بذلك، لأن طبيعة عقد البيع وعقد المقاولة مختلفين تماماً، الأمر الذي ترتب عليه أن يكون لكل منهما أحكامه التي تضبطه، وقواعده التي تنظم كيفية التعامل به.

### الوجه الثاني :

إن أنصار الوجه الثاني، فيرون أن القضاء أساسه القانوني في قواعد ضمان العيوب الخفية في عقد البيع، لاسيما إذا كان المقاول يورد جانب عمله المواد التي يتم تشييد البناء، أو المنشأ الثابت، ودليلهم في ذلك بأن القضاء قرر وجوب رفع الدعوى بالرجوع في خلال المدة القصيرة المنصوص عنها بالمادة 1648 مديني فرنسي، وهذه المدة تختص بالدعوى ضمان العيوب الخفية الموجبة للرد في عقد البيع. كذلك إن القضاء لم يعتمد تاريخاً محددًا ومعروفًا لكل الأطراف تبدأ منه مدة دعوى الضمان في السريان كتاريخ التسلم، وإنما حدد هذه المدة من تاريخ ظهور العيب أو اكتشافه بالنسبة لرب العمل.

**البند 2 : ضمان الأعمال الصغيرة (الضمان الثنائي) في طوره التشريعي**

بعد أن استقر القضاء المدني الفرنسي منذ عام 1958 على هذا الرأي الذي تبناه من إعطاء الحق لرب العمل في الرجوع على المهندس المعماري والمقاول بدعوى ضمان العيوب الخفية التي تشوب الأعمال الصغيرة، وذلك بعد تمام تسلم الأعمال مقبولة من رب العمل على النحو الذي رأيناه، وجد المشرع الفرنسي نفسه مضطرا إزاء هذا الوضع بضرورة التعديل للتدخل كي يقر تشريعا ما استقر عليه العمل قضائيا، وليوجد الأساس القانوني الذي يستند إليه<sup>(1)</sup>، وعلى ذلك جاء تدخل المشرع الفرنسي بالقانون رقم 3 جانفي وعلى ذلك، جاء تدخل المشرع الفرنسي بالقانون رقم 3 لسنة 1967 في 3 يناير سنة 1967 معدلا نص المادة 2270 من اموعة المدنية الفرنسية وما تجدر الإشارة إليه أن المشرع الفرنسي بموجب قانون 3 جانفي 1967، لم يخرج من النطاق الموضوعي، لسريان أحكام هذا الضمان (الثنائي)، عما سار إليه القضاء الفرنسي من ضرورة توافر ظرف الخفاء في العيب الذي يلحق هذه الأعمال بحيث لا يستطيع رب العمل كشفه أو تبنيه عند التسلم. وفيما يتعلق بشرط المدة، فالفرق الوحيد بينه وبين الضمان العشري هو المقدار فقط فحين كان مقداره مدة ضمان الأعمال الكبيرة هو عشر سنوات المادة 1792 مدني، وكان مقدار مدة ضمان الأعمال الصغيرة سنتين المادة 2270 مدني.

أما عن السبب في اختيار المشرع الفرنسي لمدة السنتين، فذلك لاعتبارين هما :

**أ) الاعتبار الشكلي :**

هذا الاختيار جاء بالحل الوسط بين المشروع الذي تقدمت به الحكومة والذي يقضي بسنة واحدة، والمشروع الذي كانت قد تقدمت به اللجنة الممثلة للملاك وأرباب الأعمال، و يقضي بثلاثة سنوات، فأخذ المشرع الفرنسي بالحل الوسط بين المشروعين المعروضين، فقرر أن تكون مدة الضمان سنتين.

**ب) الاعتبار الموضوعي :**

لقد قدر المشرع كفاية مدة السنتين، لاختيار جودة تنفيذ هذه الأعمال ومثانتها، ذلك أنه قدر أن مرور دورتين كاملتين بفصولهما الثمانية المختلفة، دون أن يظهر فيها العيب فإن ذلك قرينة على خلو هذه الأعمال من العيوب<sup>(2)</sup>.

(1) - د. عبد الرزاق يس، المرجع السابق، ص 964.

(2) - د. عبد الرزاق يس، المرجع السابق، ص 970.

وأما عن استعمالها كمدة ضمان، أن من حق رب العمل في الرجوع على المهندس المعماري والمقاول بضمان الأعمال الصغيرة يمتد لمدة ثلاثين عاما اعتبارا من تاريخ التسليم، في حين أن حقه في الرجوع عليها بضمان الأعمال الكبيرة يمتد لمدة عشر سنوات من تاريخ التسلم، الأمر الذي أدى إلى خلق وضع غريب عن المنطق، لذلك فإن المشرع الفرنسي باعتداده بمدة السنتين مدة للضمان يكون قد عالج هذا الوضع الذي كان محل النقد ووضع بذلك الأمور في نصها الصحيح.

المطلب الثاني: الضمانات المستحدثة في القانون الفرنسي (القانون رقم 12 لسنة 1978) و

في القانون الجزائري(القانون 04/11) :

لقد رأينا سابقا أن المشرع الفرنسي قد استحدث بتدخله التشريعي الأول من ضمان للأعمال الصغيرة لمدة سنتين اعتبارا من تاريخ تسلم الأعمال مقبولة من رب العمل، إلا أن هذا التدخل التشريعي، لم يكن من العمق والشمول، والاستجابة لمقتضيات الحياة المعاصرة، بحيث يقنع به دعاة الإصلاح لهذه المسؤولية الخاصة، بالإضافة إلى ذلك يلاحظ بعض الفقهاء أن القانون قد أغفل لما بلغه فن المعمار من تطور بعيد في حياتنا المعاصرة، وما بلغه من تطور والاستعمال المتزايد للآلات والتطور التكنولوجي لذلك لم يكف دعاة الإصلاح عن المناداة بالتدخل التشريعي لوضع نصوص تعالج كل ذلك، فتجمع الماضي إلى الحاضر، ونتطلع إلى المستقبل، فكان كما أسماه الفقه الفرنسي الإصلاح الشامل لأحكام هذه المسؤولية الخاصة، الذي صدر به القانون 12 لسنة 1978، حيث لم يكتف فيه المشرع الفرنسي، بأن أحل محل ضمان الأعمال الصغيرة أو الضمان الثنائي، ضمانا أسماه "ضمان كفاءة الأداء أو انتظام العمل" "la garantie de bon fonctionnement". ولمدة بحد أدنى بسنتين، اعتبارا من تاريخ التسلم، بل قد استحدث ضمانا تشريعا آخر أسماه "ضمان تمام الإنجاز (الضمان السنوي)" "la garantie de parfait achèvement". ولمدة سنة واحدة اعتبارا من تاريخ التسلم لهذا سوف نتطرق في هذه الدراسة ضمان كفاءة الأداء أو انتظام العمل والثاني نتعرض فيه إلى دراسة ضمان تمام الإنجاز أو الضمان السنوي.

**الفرع الاول: ضمان كفاءة الأداء أو انتظام العمل " la garantie de bon**

**fonctionnement**

لقد استحدثت المشرع الفرنسي هذا الضمان بالقانون 12/78، بعدما هجر التفرقة بين الأعمال الصغيرة واستبداله بمعيار الوظيفة التي يؤديها العنصر من عناصر العمل المشيد، فإن كان هذا العنصر يؤدي وظيفة تشييدية أي تكوينية في العمل، عد من العناصر التكوينية فيه « des éléments constutifs » التي أخضعها للضمان العشري، وإن كانت الوظيفة تجهيزية، إعدادية، اعتبر العنصر من العناصر التجهيزية أو عناصر الإعداد "des éléments d'équipement"، التي أخضعها -كقاعدة- لضمان كفاءة الأداء أو جودة التشغيل أو انتظام العمل، أي كفاءة أداء هذه العناصر لوظائفها المنوط بها أداءها في العقار المشيد<sup>(1)</sup>.

ولقد نص المشرع الفرنسي على هذا الضمان في المادتين 2/1792 مدني فرنسي والتي تنص : "تمتد قرنية المسؤولية المنصوص عليها بالمادة 1792 السابقة إلى الأضرار التي تؤثر في متانة وسلامة العناصر التجهيزية في المبنى ولكن فقط تلك التي تشكل (في العقار المشيد) جسما غير قابل للانفصال مع أعمال المنافع العامة أو الأساس، أو الهيكل أو السياج، أو المظلة.

ويعتبر عنصر التجهيز مكونا جسما غير قابل للانفصال مع أحد الأعمال المذكورة في الفقرة السابقة "عندما لا يمكن أن يتم فصله عنه، أو نقله منه.. أو استبداله بغيره فيه، دون أن يصاب ذلك العمل بالتلف، أو رفع بعض من مادته". أما المادة 3/1792 مدني تنص : "عناصر التجهيز الأخرى للمبنى تكون موضوعا لضمان كفاءة الأداء لمدة سنتين، بحد أدنى، اعتبارا من تاريخ تسلم العمل".

كما تقضي المادة 2270 مدني على : "كل شخص طبيعي أو معنوي يمكن أن تكون مسؤوليته منعقدة طبقا للمواد 1792 إلى 3/1792 من هذا القانون، يكون متحررا من المسؤوليات والضمانات التي تنقل كاهله، بالتطبيق للمادتين 1792، 2/1792، بعد عشر سنوات اعتبارا من تاريخ تسلم الأعمال، أو بالتطبيق للمادة 3/1792 بانقضاء المدة المذكورة فيها".

من خلال قراءة هذه النصوص، يتبين لنا أن المشرع الفرنسي قد ميز بين عناصر التجهيز والإعداد للعمل المراد إنشاؤه، وبناءً على درجة أو كيفية التحام عنصر التجهيز أو الإعداد ببعض الأعمال. فأخضع النوع الأول أي العناصر التي تكون مع واحد من تلك الأعمال جسما غير قابل للانفصال، للضمان العشري، وذلك بمقتضى الفقرة الأولى من المادة 2/1792 بينما يخضع النوع الثاني، أي العناصر التي تقبل الانفصال عما تلتحم به تلك الأعمال للضمن الآخر (ضمان كفاءة الأداء) وذلك بمقتضى المادة 3/1792.

(1) - د. عبد الرزاق يس، المرجع السابق، ص 983.

وما تجدر الإشارة إليه إلى أن الفقه الفرنسي يجمع على أن مشرعه، قد أحلّ هذا الضمان محل الضمان الشئائي، الذي كان المشرع قد قنّنه تشريعيا بالقانون 3 لسنة 1967 في 3 جانفي 1967<sup>(1)</sup>، كما رأينا سابقا.

وفي هذه الدراسة سوف نتطرق إلى ثلاثة نقاط أساسية هي :

- البند 1 : نطاق تطبيق ضمن كفاءة الأداء.

-البند2: النظام القانوني لضمان كفاءة الأداء

- البند3: النظام القانوني لضمان كفاءة الأداء أو حسن سير عناصر التجهيز :

---

<sup>(1)</sup> د. عبد الرزاق يس، المرجع السابق، ص986.

**البند 1: نطاق تطبيق ضمان كفاءة الأداء :**

إن تحديد نطاق تطبيق أحكام هذا الضمان، يقتضي البحث في مسألتين:

أ) النطاق الشخصي لتطبيق أحكام ضمان كفاءة الأداء.

ب) النطاق الموضوعي لتطبيق أحكام ضمان كفاءة الأداء.

**أ) النطاق الشخصي لتطبيق أحكام ضمان كفاءة الأداء :**

إن غالبية الفقه الفرنسي يجتمع على أن النطاق الشخصي لتطبيق أحكام ضمان كفاءة الأداء هو بذاته النطاق الشخصي لتطبيق أحكام الضمان العشري، بدون أي اختلاف بينهما. ما عدا المراقب الفني فقط، الذي لا يخضع لهذا الضمان، حيث أن المادة التاسعة من القانون رقم 12 لسنة 1978 تنص : "المراقب الفني يكون خاضعا، في حدود المهمة التي يعهد له إليه رب العمل، لقرينة المسؤولية المقررة بالمواد 1792، 1/1792، 2/1792، من ا جموعة المدنية، والتي تتقدم طبقا للشروط المنصوص عليها بالمادة 2270 من ذات ا جموعة". ومعنى عدم ذكر هذه المادة للمادة 3/1792 التي تقرر بموجبها هذا الضمان وهو عدم سريان أحكامها، أي عدم سريان أحكام هذا الضمان، على المراقب الفني الذي يوكل إليه رب العمل مهمة الرقابة الفنية على عملية التشييد والبناء<sup>(1)</sup>.

وكما تقدم فإن الأشخاص المسؤولين عن هذا الضمان، هم أنفسهم الأشخاص المسؤولون في الضمان العشري، لذلك سوف نحيل هذه الدراسة في الجزء المتعلق هذه النقطة إلى "الأشخاص المسؤولون في الضمان العشري"<sup>(2)</sup>.

**ب) النطاق الموضوعي لتطبيق أحكام ضمان كفاءة الأداء :**

من خلال دراسة نص المادتين 2/1792 فقرة أولى، والمادة 3/1792 مدني فرنسي لقانون رقم 12 لسنة 1978 يتضح لنا أن الأعمال التي تشكل محل تطبيق أحكام ضمان كفاءة الأداء هي عناصر التجهيز والإعداد بالمبنى، التي لا تشكل مع أحد هذه الأعمال المذكورة بنهاية الفقرة الأولى من المادة 2/1792، جسما غير قابل للانفصال، أي عناصر التجهيز أو الإعداد في المبنى، التي يكون من الممكن فكها ونقلها أو استبدالها، بغيرها بسهولة

(1) - د. عبد الرزاق يس، المرجع السابق، ص 990، كذلك : د. شكري سرور، المرجع السابق، ص 189.

(2) - أنظر الباب الثاني الفصل الاول، ، ص 209.

ويفسر، ودون أن يصاب ما كانت تتصل به من أعمال أو أجزاء في العقار بضرر أو فساد، أو رفع جزء من مادة تلويينية<sup>(1)</sup>.

وكما أشرنا سابقا فإن هذا المفهوم يمكن استنتاجه بمفهوم المخالفة لنص المادة 2/1792 الفقرة الثانية<sup>(2)</sup>. وإذا ما حاولنا إسقاط هذه المفاهيم على الواقع، فإن أهم ما يدخل في هذا النطاق، هو مجموع الأجهزة، والآلات والأدوات الميكانيكية والكهربائية التي تلحق بالعقار المشيد لتجهيزه وتأدية وظيفته، والتي يُركبها المقاول بالحالة التي تسلمها عليها، وطبقا لقواعد وتعليمات صُنعاها<sup>(3)</sup>. وكذلك بعض المنقولات التي تثبت بالعقار على سبيل الدوام والاستمرار كالأبواب والشبابيك والقواطع والفواصل.

وهكذا نلاحظ أن هذا النوع المخفف من الضمان الخاص لا يغطي كل الأضرار التي تلحق تلك العناصر التجهيزية المشار إليها فيستبعد، أولا، من نطاق هذه الأضرار التي تدخل في نطاق ضمان حسن الإنجاز المنصوص عليه في المادة 1/1792 مدني، والذي سوف نتناوله بالدراسة لاحقا، كما يستبعد أيضا الأضرار التي تخضع للمسؤولية العشرية الواردة في المادة 1792، سالفة الذكر<sup>(4)</sup>.

(1) - groslière (J.C.I) « Glosaire pour la responsabilité en matière de construction », p407.

(2) - والتي تقضي بأن عنصر التجهيز يكون معبرا مكونا جسما غير قابل للانفصال عن أحد الأعمال المذكورة بالفقرة الأولى من ذات المادة، عندما يكون من غير الممكن فضلا عنه، أو نقله أو استبداله.

(3) - groslière (J.C.I) « La réforme de la responsabilité en matière de la construction », p18.

(4) - د. ناجي ياقوت، المرجع السابق، ص136 وما بعدها.

**البند 2: الشروط الواجب توافرها في عنصر التجهيز حتى يكون محلا لضمان كفاءة الأداء :**

- **الشرط الأول :** أن يكون عنصرا من عناصر التجهيز، فلا يكفي أن يكون العمل نفسه أو جزء من العمل، أو حتى عنصرا تكوينيا فيه.

- **الشرط الثاني :** أن يكون عنصر التجهيز هذا في مبنى "bâtiment"، فلا يكفي مطلق عمل ouvrage، كأعمال الهندسة المدنية أو العسكرية، أو الملاعب الرياضية<sup>(1)</sup>.

- **الشرط الثالث :** أن تكون عناصر التجهيز هذه قابلة للانفصال عما تلتحم به من الأعمال المذكورة في آخر الفقرة الأولى من المادة 2/1792 سالفة الذكر.

إن السبب الذي أدى بالمشرع الفرنسي، وضعه لهذا الضمان، هو بلا شك، عدم صلاحية تلك العناصر لأداء وظيفتها بالكفاءة المقررة لها "bon fonctionnement" حتى سُميَّ الضمان نفسه لذا الاسم<sup>(2)</sup>. فلم يعد شرط الضرر الخطير بالمعنى التقليدي المسلم به عندنا الآن لازما لانطباق المسؤولية الخاصة دائما، طبقا للمفهوم الجديد الذي أتى به قانون 1978<sup>(3)</sup>.

صحيح أن مدة الضمان هنا مختصرة فهي سنتان بدلا من عشرة بالنسبة للضرر الخطير إلا أن فرض التزام خاص بالضمان في هذا الصدد على خلاف ما تقتضي تطبيق القواعد العامة، يدل دلالة واضحة على أن الحكمة المقصودة هنا أيضا، هي تأكيد الحماية القانونية لرب العمل ضد المخاطر والأضرار التي يمكن أن تترتب على أعمال التشييد والبناء<sup>(4)</sup>.

ولقد انتقد جانب من الفقه فكرة كفاءة الأداء أو انتظام العمل، باعتبارها فكرة صعبة التقدير والتحديد<sup>(5)</sup> لذلك يحاول هذا الفقه تبسيط هذه الفكرة، مقررًا بأن عنصر التجهيز الذي يكون معييا، أي الذي لا يؤدي بكفاءة الوظيفية المنوطة به أداءها، لا يستجيب عادة للاستعمال المخصص له بالمبنى، أما إذا وصلت الأضرار إلى القدر الذي لا يحتمل، أي لم يؤدي وظيفته فقط، وإنما هو أيضا المبنى ككل، بحيث أن كلا منهما يكون غير صالح لتحقيق غرضه، وبذلك يكون العبور من الضمان الثنائي أو كفاءة الأداء إلى الضمان العشري<sup>(6)</sup>.

إذا كانت عناصر التجهيز مبنى القابلة للانفصال والتي يرد عليها هذا الضمان، تخضع بطبيعتها كأشياء مبيعة لأحكام ضمان العيوب الخفية المقررة في عقد البيع إلا أن هذا الضمان (العيوب الخفية)، لا يحقق حماية لرب العمل لأنه ليس

(1)- civ, 3/10/1973.B.1973-3, p354.

(2) - د. عبد الرزاق يس، المرجع السابق، ص998.

(3) - د. ناجي ياقوت، المرجع السابق، ص138.

(4) - د. ناجي ياقوت، المرجع السابق، ص138-139.

(5) - Boubli, Op- cit , p260.

(6) - د. عبد الرزاق يس، المرجع السابق، ص1000.

طرف في عقد البيع أي لا تربطه علاقة عقدية بأي من المنتج أو المستورد فيرجع عليهما إلا طبقا لقواعد المسؤولية التقصيرية<sup>(1)</sup>.

### البند 3: النظام القانوني لضمان كفاءة الأداء أو حسن سير عناصر التجهيز :

#### أولا : مدة ضمان كفاءة الأداء

تنص المادة 3/1792 مدني، أن مدة الضمان هذا سنتين كحد أدنى اعتبارا من تاريخ تسلم العمل، كما تنص المادة 2270 مدني معدلة بالقانون 12 لسنة 1978 كل هذا ضمان كفاءة الأداء.

وما يمكن ملاحظته في هذه المسألة أن المشرع قد قرر مدة سنتين كحد أدنى وذلك لأمران :

أولهما : أن مدة الضمان هذه، لا ينبغي أن تنقص عن هذه المدة (سنتين) بأي حال من الأحوال وإلا

أهدرت الحماية التي قصد المشرع إسباغها على رب العمل، فيما يتعلق بالعناصر التجهيزية التي تشكل موضوع هذا الضمان<sup>(2)</sup>.

ثانيهما : لقد ترك المشرع للأطراف حرية الاتفاق تعاقديا على مدة أطول للضمان، يكون المدينون به

مسؤولين خلالها من عدم انتظام عمل عناصر التجهيز بالمبنى، ولا يتخلصون من هذه المدة إلا بعد انقضاء هذه المدة المتفق عليها تعاقديا طبقا لنص المادة 2270 مدني فرنسي ولا يمكن تطبيق هذه المدة (سنتين)، إلا إذا خلا الاتفاق أو عقد المقاوله من ذكر مدة أطول، أما إذا نص الاتفاق أو عقد المقاوله على مدة أطول لهذا الضمان، فوجب تطبيق الاتفاق، وهذا هو معنى النص صراحة على اعتبار مدة السنتين حدا أدنى لمدة هذا الضمان<sup>(3)</sup>، والعلة في النص على مدة السنتين، كما يقول Boubli "في نظر واضعي الإصلاح، هي إعطاء الفرصة للأطراف في أن يغيروا من مدة الضمان فيما يجاوز هذا الحد الأدنى، بما يتلاءم وطبيعة عناصر التجهيز، التي تشكل النطاق الموضوعي لهذا الضمان"<sup>(4)</sup>، وتبدأ مدة هذا الضمان، من تاريخ تسلم العمل<sup>(5)</sup>.

أما فيما يتعلق بمدة دعوى ضمان كفاءة الأداء، فإن المشرع الفرنسي لم يميز بينها وبين مدة الضمان ذاتها من حيث المقدار طبقا لنص المادة 2270 ق.م.ف.

(1) - د. شكري سرور، المرجع السابق، ص 186-187.

(2) - د. عبد الرزاق يس، المرجع السابق، ص 1005.

(3) - د. عبد الرزاق يس، المرجع السابق، ص 1005.

(4) - د. عبد الرزاق يس، المرجع السابق، ص 1006.

(5) - Caston (m) , Op. cit , p259.

وإن كان المشرع الفرنسي، قد ساوى بين مدة الضمان ومدة دعوى الضمان من حيث المقدار، فهو أيضا لم يغير ما بين المدتين من حيث تاريخ بدء سريا ما، وهو تاريخ تسلم الأعمال مقبولة من رب العمل، غير أن هذه المساواة قد تؤدي إلى تفويت الحماية القانونية لرب العمل، وذلك في حالة إذا ما اكتشف في اليوم الأخير من مدة الضمان عدم أداء عناصر التجهيز لوظيفتها المنوطة بأدائها في العقار، إذ كيف يتسنى في هذه الحالة رفع دعوى الضمان على المسؤول به.

### ثانيا : تعلق ضمان كفاءة الأداء بالنظام العام

تنص المادة 5/1792 مدني فرنسي على أنه : "كل شرط ينص عليه في العقد يكون موضوعه سواء استبعاد.... أو سواء استبعاد الضمان المنصوص عليه بالمادة 3/1792، أو الحد من نطاقه، يعتبر كأن لم يكن". إن هذا النص، يشير صراحة بمدى تعلق أحكام هذه المسؤولية الخاصة، أيا كانت سواء كانت عشرية أو ثنائية بالنظام عام.

ومقتضى ذلك، أنه يعتبر باطلا كل اتفاق بين الأطراف على ما يخالف هذه الأحكام، ويكون باطلا وكأن لم يكن كل شرط يتضمنه العقد بتخفيض مدة الضمان إلى أقل من سنتين مثلا، ذلك أن المشرع الفرنسي جعل من مدة السنتين حدا أدنى لمدة هذا الضمان، فلا ينبغي الاتفاق مقدما على إنقاصها على هذا الحد الأدنى الذي فرضه المشرع، كذلك كأن لم يكن الاتفاق على إعفاء المهندس المعماري أو المقاول أو غيرهما من المدينين لدا الضمان من الخضوع كلية لأحكامه.

ولكن السؤال الذي يُبادر إلى الذهن هو أنه هل يجوز لرب العمل أن يتنازل عن المطالبة بحقه في الضمان، بعد أن يتحقق سببه، أم أن خضوع أحكام هذا الضمان للنظام العام يحول دون ذلك ؟ إن الإجابة عن هذا السؤال لا تخرج عما سبق أن رأيناه بمناسبة دراسة المدة كشرط لإعمال أحكام الضمان العشري.

### ثالثا : كيفية إعمال ضمان كفاءة الاداء

لإعمال أحكام ضمان كفاءة الأداء، ليس إلى رب العمل إلا أن يثبت عدم انتظام أداء عناصر التجهيز، ولم لم يترتب على ذلك أن تتأثر كفاءة المبنى ككل في أدائه لغرضه شريطة أن يكون عدم كفاءة أداء هذه العناصر القابلة للانفصال لوظيفتها، أو عدم انتظامها في هذا الأداء، خفيا عند التسليم وإلا اعتبر رب العمل قابلا للعمل رغم ذلك متنازلا عن حقه في المطالبة بالإصلاح أو التعويض، وإذا استطاع رب العمل هذه الطريقة إثبات

الخلل خلال المدة المتفق عليها في العقد كمدة للضمان، أو كما نص عليها القانون كحد أدنى سنتين تاليتين للتسلم المنصوص عليهما في المادة 1792/ ق.م.ف.

وإذا أثبت رب العمل الخلل بشروطه، التزم الطرف الآخر بالضمان، ووجب عليه الوفاء به، ولا يستطيع أن يدفع عن نفسه هذه المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي سواء تمثل في القوة القاهرة، أو فعل الغير، أو فعل رب العمل نفسه.

الفرع الثاني: ضمان تمام الإنجاز أو الضمان السنوي، أو ضمان التشطيب في القانون الفرنسي

تنص المادة 3/1792 من القانون المدني الفرنسي رقم 12 لسنة 1978 على أنه : "يمتد تمام الإنجاز الذي يلتزم به المقاول في أثناء سنة من وقت التسلم إلى إصلاح كل خلل أشار إليه صاحب العمل، سواء بطريق التحفظات التي ذكرها في محضر التسلم، أو بطريق الإخطار الكتابي بالنسبة للعيوب اللاحقة. وتحدد المهل اللازمة لتنفيذ عمليات الإصلاح بالاتفاق المشترك بين رب العمل والمقاول المعني، وفي حالة عدم التنفيذ في المهلة المحدودة، جاز بعد إعدار المقاول وعدم استجابته أن تنفذ هذه الإصلاحات على حسابه وعهدته، ويثبت تنفيذ الأعمال اللازمة لمعالجة الآثار المترتبة على الاستهلاك أو عن الاستعمال العادي".

وإذا كان ضمان تمام الإنجاز هذا مستحدثا تشريعا بالقانون رقم 12 لسنة 1978، فقد كان معمولا به في الواقع العملي في عقود المقاولة من خلال العقد النموذجي الذي وضع سنة 1948 وبنفس مدة هذا الضمان وكل ما فعله القانون الجديد بالنسبة لهذا الضمان بعد أن استلم أحكامه من الواقع التطبيقي أن أسبغ على قواعده صفة الإلزام والإلزام سندا للقانون، دون الحاجة إلى أن يتضمنه عقد أو يتراض على أعماله الأطراف<sup>(1)</sup>. ولأجل هذه الدراسة، سوف نتطرق أولا إلى بيان نطاقه الشخصي والموضوعي إضافة لنظامه القانوني

البند 1: النطاق الشخصي لتطبيق أحكام ضمان تمام الإنجاز :

مما لاشك فيه أن النطاق الشخصي لكل علاقة أو رابطة قانونية، تتكون من مدينا يكون دائما مسؤولا عن تنفيذ التزاماته، ودائنا أو مستفيدا من تنفيذ تلك الالتزامات، لذلك تتطلب منا هذه الدراسة تناول جانب المدين وجانب الدائن.

(أ) المدين أو المسؤول بأحكام ضمان تمام الإنجاز (الضمان السنوي) :

إن الملتزم بالضمان أو المدين بالضمان طبقا للقانون الفرنسي هو المقاول طبقا لنص المادة (2/1792)، أو المقاول المعني بالأمر l'entrepreneur concerné المادة (3/6-1792)، دون غيره من المعمارين، وهذا المعنى تدل عليه صياغة الفقرتين السابقتين، حيث تقرر الفقرة الثانية منهما بأن "ضمان تمام الإنجاز أو الضمان السنوي الذي يكون المقوال ملتزما به خلال مدة سنة اعتبارا من تاريخ التسلم يمتد ليشمل إصلاح...".

كما تنص الفقرة الثالثة بأن : "المدد اللازمة لتنفيذ أعمال الإصلاح -المشار إليها بالفقرة السابقة- تحدد بمقتضى اتفاق مشترك بين رب العمل والمقاول المعني بالأمر"، إن هذا الاختلاف في الصياغة لا يكون له أثر،

(1) - د. شكري سرور، المرجع السابق، ص 172-173.

عندما يكون قد اقتصر العمل على مقاول واحد فقط عمل بمفرده أو بمساعدة مقاول أو مقاولين له من الباطن، إذ لا يكون هناك ثمة من يدعي بأنه ليس هو المقاول المعني بالأمر<sup>(1)</sup>.

إلا أن هذا التمايز يثير إشكال، في حالة تعدد المقاولين، إذ من المتصور جدا في هذه الحالة أن يحاول كل منهم التملص من المسؤولية بادعائه أنه ليس هو المقاول المعني بالأمر.

### ب) الدائن أو المستفيد بأحكام ضمان تمام الإنجاز أو الضمان السنوي :

فيما يتعلق بالنطاق الشخصي لتطبيق أحكام هذا الضمان فإن الدائن أو المستفيد منه يقتصر على رب العمل وحده، لصريح نص المادة 6/1792 الذي جاء في الفقرة الثالثة منها أن : "المهل اللازمة لتنفيذ عمليات الإصلاح تحدد بالاتفاق المشترك بين رب العمل والمقاول المعني"، كما أن الفقرة الثانية من المادة نفسها تشير إلى أن : "ضمان تمام الإنجاز يمتد ليشمل إصلاح العيوب المعينة من قبل رب العمل...". ويستخلص هذا القصر من مقارنة هذا النص مع نص المادة 1792 الخاصة بالضمان العشري بعد تعديل صياغتها بقانون 1978 التي تقضي بأن : "كل معماري يشيد عملا، يكون مسؤولا عنه بقوة القانون في مواجهة رب العمل، أو من يتلقى عنه ملكية ذلك العمل...".

(1) - Caston(m) , Op. cit , p98.

**البند 2: النطاق الموضوعي لتطبيق أحكام ضمان الإنجاز أو الضمان السنوي :**

إن التطبيق الموضوعي لأحكام ضمان الإنجاز أو الضمان السنوي يقتضي دراسة الأعمال التي تشكل محمل ورود هذا الضمان (أولاً)، ثم الأسباب الداعية إلى إعمال أحكام هذا الضمان (ثانياً).

**أولاً : الأعمال التي تشكل محل الضمان السنوي (موضوع الضمان) :**

لقد سكت المشرع الفرنسي عن بيان الأعمال التي تشكل محل أحكام هذا الضمان، فالتأمل لنص الفقرة الثانية وما تلاها من فقرات من المادة 1792، لا يلاحظ ورود هذه الأعمال، ولما كان السكوت في معرض الحاجة فإن ذلك يقتضي القول بأن المشرع الفرنسي أراد أن يشمل هذا الضمان العقار المشيد في مجموعه لا فرق بين عناصره التكوينية أو عناصره التجهيزية.

ويمتد هذا الضمان ليشمل إصلاح جميع العيوب المشار إليها من قبل ر ب العمل بطريق التحفظات في محضر التسليم، أو بطريق الإخطار الكتابي بالنسبة لما ينكشف من هذه العيوب بعد التسليم، وأيا كانت أهميتها<sup>(1)</sup>. في الحقيقة فإن المشرع لم يستحدث بذلك جديداً، وإنما نقل تقريبا ما كان يجري عليه العمل، وما كانت تتضمنه العقود النموذجية<sup>(2)</sup>.

وفي هذا الصدد يتساءل بعض الشراح عما إذا كان هذا النوع من الضمان يمتد ليشمل عدم المطابقة " les défauts de conformité" بعض الأعمال للمواصفات المتفق عليها، والتي يرون أن النص السابق لم يشر إليها صراحة<sup>(3)</sup>. حيث أن النص استخدم لفظ "désordre"، وهو معنى أضيق نطاقاً من لفظ العيب في العربية، حيث أنه يقترب أكثر من معنى الخلل الذي يقع في إنشاء الأعمال، إن لفظ "désordre" الذي استعمله المشرع الفرنسي في الفقرة الثانية من المادة 1792، هو لفظ مركب من مقطعين : أصلي "ordre" وتعني النظام أو التنظيم أو الترتيب أو التنسيق، ومضاف "dés" هو مقطع يفيد في اللغة الفرنسية التضاد، بحيث إذا اتصل بالكلمة في أولها جعل المعنى الجديد لها على عكس معناها الأصلي أو السابق، وعلى ذلك فإن لفظ "désordre" يعني عدم التنظيم أو عدم التنسيق والترتيب.

ويقرر الفقه الفرنسي أن كلمة "désordre" تختلط في العمل "vice" أو كلمة "malfaçon"، بحيث يستعمل التطبيقون هذه الكلمات الثلاث استعمال المرادفات، أي بلا تمييز بينهما، أو تخصيص مدلولاً.

(1) - د. شكري سرور، المرجع السابق، ص 174.

(2) - د. شكري سرور، المرجع السابق، ص 174.

(3) - د. شكري سرور، المرجع السابق، ص 174.

ويرون أن عدم مطابقة هذه، تدخل في إطار هذا الضمان طالما كانت غير ظاهرة عند تسليم الأعمال، وإلا افتراض فر رب العمل قد تنازل عنها<sup>(1)</sup>.

و مما سبق يتبين لنا فرق واضح بين الضمان السنوي، والضمان العشري، الذي يشترط لإعماله، وجود عيب إلى درجة من الأهمية بحيث يعرض للخطر متانة البناء أو يجعله غير صالح للغرض الذي أعد له. إلا أن المشرع قد استثنى من هذا الضمان الأعمال الضرورية اللازمة لإصلاح آثار الاستهلاك أو الاستعمال العادي، ذلك أن المشرع الفرنسي راعى أن البناء منذ تسلمه من قبل رب العمل يكون في حوزته وتحت حراسته، ويكون وحده مسؤولاً عن أعمال صيانته باعتباره صاحب الحق في استعماله وعليه تبعه ما يترتب على هذا الاستعمال من أضرار<sup>(2)</sup>.

### ثانياً: شروط الخلل الموجب الضمان :

**أولاً :** أن يكون الخلل أو الضرر موضوعاً لتحفظ يضمنه رب العمل محض التسليم الذي يتم تحريره عادة بمناسبة إتمام هذه العملية، وهو ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 6/1792 سالفه الذكر، ومعنى هذا أن الخلل أو الضرر يكون ظاهراً، أو على الأقل معلوماً من رب العمل عند التسلم، فيقرر هذا الأخير أن هذا الخلل أو الضرر من الأهمية، بحيث يتجاوز حد التسامح فيه. غير أن المقصود بالظهور ليس فقط ظهور الخلل أو الضرر في حد ذاته، وإنما أيضاً ظهور آثاره، فقد لا يتم التحفظ عن الخلل عن التسلم إلا أنه قد تضخمت آثاره بعد ذلك، و في خلال السنة التالية للتسلم، فطبقاً للمبدأ الذي سار عليه القضاء الفرنسي، فإن إصلاح مثل هذا الخلل أو الضرر يدخل ضمن النطاق الموضوعي لتطبيق أحكام هذا الضمان.

**ثانياً :** أن يكون الخلل أو الضرر موضوعاً لإخطار كتابي موجه من رب العمل إلى المقاول المعني بالأمر، وفي خلال السنة الأولى اعتباراً من تاريخ التسلم، طبقاً للفقرة الثانية من المادة 6/1792<sup>(3)</sup>. ومعنى هذا الشرط هو أن الخلل أو الضرر يجب أن يكون خفياً عند التسلم سواء في ذاته أو في آثاره، مما يستعصي معه على رب العمل العادي أن يكتشفه أو يعلم به<sup>(4)</sup>، فتتم عملية التسليم، و يجرى محضر خالياً من أي تحفظ بشأنه، ولكن يحدث أن يظهر أو أن يكتشف أثناء السنة التالية للتسلم. وفي هذه الحالة تطلب المشرع الفرنسي من رب

(1) - Caston(m) , Op. cit , p105.

(2) - د. ناجي ياقوت، المرجع السابق، ص 143-144.

(3) - « tous les désordres signalés par le maître de l'ouvrage.... Soit par voie de notification écrite pour ceux révéles postérieurement à la réception ».

(4) - د. عبد الرزاق يس، المرجع السابق، ص 1068.

العمل أن يبلغ المقاول المعني إذا الخلل أو الضرر الذي ظهر أو انكشف في خلال هذه السنة عن طريق إخطار مكتوب، ويطلب منه الإصلاح العيني في المدة المتفق عليها، وعلى الوجه المرضي طبقاً لأحكام هذا الضمان<sup>(1)</sup>.

---

(1) - دعبد الرزاق يس، المرجع السابق، ص 1069.

**البند 3: النظام القانوني لضمان تمام الإنجاز (الضمان السنوي) :**

بعد أن تطرقنا إلى نطاق تطبيق الضمان السنوي بشقيه الشخصي والموضوعي، نتطرق في هذه النقطة إلى النظام القانوني لهذا الضمان المستحدث، وذلك في النقاط التالية :

أ) مدة الضمان، ب) الطبيعة القانونية للضمان، ج) تنفيذ أعمال الإصلاح، د) مدى تعلق أحكام الضمان السنوي للنظام العام.

**أ) مدة ضمان تمام الإنجاز أو الضمان السنوي :**

تنص الفقرة الثانية من المادة 6/1792 مدي مستحدثة بالقانون 12 لسنة 1978 بأن : "ضمان

تمام الإنجاز، أو الضمان السنوي الذي يكون المقاول ملتزما به لمدة سنة اعتبارا من تاريخ تسلم العمل، يمتد ليشمل إصلاح...".

فطبقا لنص المادة هذه تكون مدة ضمان تمام الإنجاز سنة كاملة تحسب من يوم تسلم الأعمال المقبولة من رب العمل.

ومدة ضمان تمام الإنجاز، لا تختلف (ما عدا مقدارها الزمني) عن أحكام الضمانين السابقين (العشري والثنائي)، سواء فيما يتعلق بطبيعتها، أو عدم قبولها كقاعدة عامة للوقف أو الانقطاع، أو بمدى إمكانية الاتفاق مقدما على قبولها كقاعدة عامة للوقف أو الانقطاع، أو بمدى إمكانية الاتفاق مقدما على مخالفتها، أو إمكانية النزول عنها بعد ثبوت الحق فيها إلى غير ذلك من أحكام.

**ب) الطبيعة القانونية للضمان وكيفية إعمال أحكامه :**

لقد أجمع الفقه الفرنسي أن ضمان تمام الإنجاز هو ضمان موضوعي بالمعنى الحرفي للكلمة<sup>(1)</sup> ويستند إلى حجج أهمها :

1- أن المشرع لم يشر في نص تقرير هذا الضمان إلى أي فكرة عن الخطأ أو المسؤولية ولا حتى المفترضة

منها.

2- إن هذا الضمان باعتباره التزاما يندرج في نطاق الالتزام التعاقدي المحدد، أي الالتزام بنتيجة<sup>(2)</sup>.

(1) - د. عبد الرزاق يس، المرجع السابق، ص 1079.

(2) - د. عبد الرزاق يس، المرجع السابق، ص 1080.

3- إن القول بغير ذلك يجعل هذا الضمان غير ذي معنى<sup>(1)</sup>، ويفرغه من مضمونه. طالما سمح المقاول بأن يناقش في مدى منسوية الخلل أو الخلل محل النزاع إليه.

### ج) تنفيذ أعمال الإصلاح :

أما عن تنفيذ أعمال الإصلاح فإن رب العمل، بعد أن يقوم بتحديد العيوب الواجب إصلاحها، عليه إخطار المقاول بذلك، ويجب على المقاول أن يقوم بإصلاح ما أخطره به رب العمل خلال المدة التي يتفق على مع هذا الأخير. وهذا ما تقضي به الفقرة الثالثة من المادة 6/1792 التي تنص على أن: "المدة اللازمة لتنفيذ أعمال الإصلاح تحدد بمقتضى اتفاق مشترك يتم بواسطة رب العمل والمقاول المعني بالأمر". وفي حالة عدم اتفاق رب العمل مع المقاول على مهلة معينة لتنفيذ عمليات الإصلاح أو في حالة ما إذا لم يتم المقاول بالإصلاح في المهلة المحددة، فقد أعطى المشرع الفرنسي الحق لرب العمل بأن يكلف مقاولاً آخر للقيام بالإصلاح على حساب المقاول المقصر، دون استئذان القاضي خلافاً للقواعد العامة المنظمة لكيفية تنفيذ الالتزام بعمل، جبراً على المدين، والتي بموجبها لا يحق للدائن أن يجري هذا التنفيذ على نفقة الأخير إلا بعد الرجوع للقضاء. ولا يتطلب ذلك من رب العمل سوى توفر شرط واحد هو أن يصبح الإخطار الذي أرسله إلى المقاول المختص بالتنفيذ غير ذي مفعول، بمعنى أن يتأكد إصرار ذلك المقاول على عدم رغبته في القيام بأعمال الإصلاح المطلوبة منه، سواء بمحضر التسليم أو التسلم، أو بمقتضى إخطار لاحق من رب العمل بالنسبة لتلك الأعمال التي لم تظهر إلا بعد تسلم تلك الأعمال، حيث نصّت الفقرة الرابعة من المادة 6/1792 المذكورة بأنه: "في حالة عدم وجود هذا الاتفاق، أو في حالة عدم التنفيذ في المدد المحددة، فإن الأعمال يمكن أن تتخذ بمعرفة مقاول آخر على نفقة وتحت مسؤولية المقاول المقصر، وذلك بعد أن يصبح الإنذار الذي وجه إليه من قبل رب العمل غير ذي مفعول". ويلاحظ على هذا النص أن المشرع الفرنسي لم يتطلب مدة معينة يجب على المقاول أن ينفذ فيها مضمون الإنذار المكتوب، ولم يحدد اللحظة التي يمكن ابتداءً منها القول بأن المقاول لم يستجب لهذا الإنذار، كما لم يعين النص الشكل الذي يجب أن يكون عليه الإنذار، وهو إنذار عربي أو قضائي؟ بل ترك كل ذلك لمحض تقدير رب العمل وحده وبما يحقق مصالحه.

لذلك فإن هذا النص قد أنشأ سبباً لمنازعات جديدة من صاحب العمل والمقاول وخاصة بالنسبة لتحديد اللحظة التي يمكن ابتداءً القول بأن المقاول لم يستجب لإنذار صاحب العمل. وفي الواقع فإن السلطة التي أعطاها المشرع

(1) - د . عبد الرزاق يس، المرجع السابق، ص1080.

لصاحب العمل في إصلاح العيوب المترتبة على هذا الضمان دون إشراف القضاء هي سلطة لها خطورها إلى درجة أن البعض يصفها بأنها إحدى حالات القصاص أو الإنصاف للنفس بالقوة<sup>(1)</sup>. إلا أنه يجب أن يوضع في الحسبان أن رب العمل، في استعماله السلطات لتلك التي منحه إياها المشرع لتوفير حماية فعّالة في مواجهة رجال الفن على مختلف فئاتهم لم يجعل استعماله لسلطته تلك استعمالاً مطلقاً خالياً من كل قيد وبعيدا عن كل رقابة، وإنما أخضعه للرقابة القضائية اللاحقة سندا للقواعد العامة بناءً على طلب المقاول باعتباره متضررا من تجاوز صاحب العمل لسلطاته أو متعسفا في استعمالها أو استعماله إياها دون مبرر<sup>(2)</sup>.

#### (د) إثبات تمام تنفيذ أعمال الإصلاح :

تنص الفقرة الخامسة من المادة 6/1792 سالفه الذكر بأن "تنفيذ أعمال الإصلاح الذي يتم طبقاً لأحكام ضمان تمام الإنجاز، يثبت إما بمقتضى اتفاق ودي بين الأطراف، وإما عند عدم توافر ذلك قضائياً". ومقتضى هذا النص، أن المشرع الفرنسي حدد للتحقيق من أن تنفيذ أعمال الإصلاح قد تم على الوجه المرضي، أحد سبيلين :

1- إما أن يثبت ذلك بمقتضى اتفاق ودي يتم بين رب العمل والمقاول الذي قام بتنفيذ تلك الأعمال.

2- وفي حالة عدم تحقق هذا الطريق الودي، ووقوع خلاف بينهما لأي سبب كان، فقد أوجد المشرع البديل لذلك، وهو الطريق القضائي.

#### (هـ) تعلق أحكام ضمان تمام الإنجاز بالنظام العام :

لقد انقسم الفقه الفرنسي إلى مدى خضوع أحكام ضمان تمام الإنجاز للنظام العام بين مؤيد ومعارض، ولكل فريق منهم حججه وأسانيده :

فقد ذهب جانب من الفقه إلى أن أحكام ضمان تمام الإنجاز لا تخضع للنظام العام، مستنديين في ذلك إلى أن المشرع الفرنسي في المادة 6/1792، لم يشر إلى خضوع هذا النوع من الضمان إلى النظام العام، وحيث أن السكوت في معرض الحاجة بيان، وبالتالي سكوته هذا دليل على أن المشرع قد أبان عن قصده في عدم إخضاع

(1) - د. شكري سرور، المرجع السابق، ص 177.

(2) - د. عبد الرزاق يس، المرجع السابق، ص 1088-1089.

أحكام ضمان تمام الإنجاز للنظام العام، في حين ذهب فريق آخر إلى القول بخضوع أحكام ضمان تمام الإنجاز للنظام العام وحججهم كانت كالتالي :

1- حجية نصية : إن المشرع الفرنسي نص في الفقرة الثانية من المادة 6/1792 على "ضمان تمام الإنجاز الذي يلتزم به المقاول خلال سنة اعتبارا من تاريخ التسلم".  
فمقتضى استعمال المشرع عبارة "يكون ملتزما" يعني إخضاعها للنظام العام، وإلا لكان على المشرع الفرنسي قد استعمل عبارة أخرى غير هذه، تفيد معنى الاختيار إلا الإلزام والإجبار<sup>(1)</sup>.

2- الأعمال التحضيرية للقانون رقم 12 لسنة 1978.

3- الاستناد إلى قصد المشرع وغايته من هذا الإصلاح التشريعي بالقانون 12 لسنة 1978 أو بعبارة أخرى إلى روح التشريع والهدف المراد تحقيقه من ورائه، فالمشرع قصد إصباح حماية قانونية فعّالة ومؤثرة على رب العمل في مواجهة المعمارين للاعتبارات السابقة، وإن عدم إضفاء طابع النظام العام على هذه الأحكام من شأنه أن يذهب يقصد المشرع ويفوت الحماية القانونية التي سعى جاهدا إلى تحقيقها حفظا للصالحين من عام وخاص.

### الفرع الثالث : ضمان تمام الانجاز في القانون الجزائري

إن أول ما يمكن ملاحظته في القانون الجزائري، أن ضمان حسن الإنجاز وضمنان حسن سير عناصر التجهيز، نص عليهما المشرع الجزائري بداية في المادتين 14 و 15 من المرسوم التشريعي 03/93، حيث تنص المادة 14 منه على أن : "لا تتم حيازة ملكية البناء أو جزء من البناية من المشتري إلا بعد تسليم شهادة المطابقة... غير أنه ليس لحيازة الملكية وشهادة المطابقة أثر إعفائي من المسؤولية المدنية المستحقة ولا من ضمان حسن الإنجاز المنشأة التي يلتزم بها المتعامل في الترقية العقارية خلال أجل سنة واحدة"، وإن هذا النص إضافة إلى أنه النص الوحيد الذي تناول هذا الضمان، فإنه جاء خال من أي تفصيل في الموضوع، كما أنه جاء مبهما بخصوص مدة هذا الضمان، إذ لم يحدد النص اللحظة التي يبدأ فيها سريان هذه المدة، مما يثير مسألة هامة هي تاريخ سقوط الضمان<sup>(2)</sup>.

إلا أن هذا المرسوم التشريعي 03/93، قد أُلغي بموجب القانون 04/11.

فبعد صدور قانون 04/11 الذي يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، قسم المشرع الجزائري ضمان حسن التنفيذ إلى نوعين :

(1) - د.عبد الرزاق يس، المرجع السابق، ص1093.

(2) - د.ويس فتحي، "المسؤولية المدنية و الضمانات الخاصة في بيع العقار قبل الانجاز"، رسالة ماجستير، جامعة سعد دحلب البلدية، سنة 1999، ص132.

**الأول :** نصت عليه المادة 3/26 من القانون 04/11 تحت عنوان "الإيماء الكامل لأشغال الإنجاز"، والتي تنص : "غير أن الحيازة، وشهادة المطابقة لا تعفيان من المسؤولية العشرية التي قد يتعرض إليها المرقي العقاري، ولا من ضمان الإيماء الكامل لأشغال الإنجاز التي يلتزم بها المرقي العقاري طيلة سنة واحدة".

**الثاني :** تحت عنوان "حسن سير عناصر تجهيز البناية" المنصوص عليه في نص المادة 44 من نفس القانون بأن جاء فيها : "تحدد آجال تنفيذ الأشغال الضرورية لإصلاح عيوب البناء و/أو حسن سير عناصر تجهيزات البناية بموجب العقد المذكور في المادة 26 أعلاه".

إن هذه المادة تثير إشكالا قانونيا، حيث أننا نلاحظ أن المشرع الجزائري قد استخدم أداة العطف (و/أو)، ولولا استخدامه لهذه الأداة لكان ضمن حسن سير التجهيزات من ضمن الإيماء الكامل للأشغال، فكان عليه تخصيص نص واحد تجمع فيه أحكام ضمان حسن التنفيذ، كما فعل في نموذج عقد البيع على التصاميم الملحق بالمرسوم 431/13 أين أدرج كلا الضمانين تحت عنوان "ضمان حسن التنفيذ".  
ولتوضيح أكثر لمضمون هذا الضمان، ارتأينا إلى تقسيم هذه الدراسة إلى :

### **البند 1: الطبيعة القانونية لضمان حسن التنفيذ في القانون الجزائري :**

إن ضمان حسن الإنجاز هو في الأصل التزام قانوني يلقي على عاتق المفاوض المعني في القانون الفرنسي، كما رأينا سابقا، حيث يلزمه القانون تطبيقا لهذا الالتزام، بإصلاح كل خلل يحدث في العقار المشيد، بشرط أن يُشار إلى ذلك في محضر التسليم، أو أن يبلغ به رب العمل المفاوض المعني، ويعدّ هذا الضمان من النظام العام، ذو طابع إلزامي بحيث لا يجوز الاتفاق على تخفيف أحكامه، سواء باستبعاده أو بحصر التضامن فيه، فأحكام هذا الضمانات السابقة من النظام العام، وهو ما تقضي به المادة 45 من القانون 04/11 حيث تنص : "... يعد باطلا وغير مكتوب كل بند من العقد يهدف إلى إقصاء أو حصر المسؤولية أو الضمانات المنصوص عليها...".  
فقبل صدور المرسوم التشريعي 03/93 الملغى، كان هناك ضمنا ماثلا لضمان حسن الإنجاز من الناحية العملية كان مستعملا في عقود مقاولات المباني، حيث كان يتم الاتفاق بين رب العمل والمفاوض على اقتطاع نسبة 5% من ثمن المشروع على سبيل الضمان بحيث تبقى المبالغ مخصومة في يد رب العمل مدة سنة كاملة من تاريخ التسلم تحسبا لظهور أي خلل في البناء، وقد تم تقنين هذا العرف المهني فيما بعد بموجب المرسوم التنفيذي 434/91 المؤرخ في 9 نوفمبر 1991.

البند 2: نطاق ضمان حسن التنفيذ:

لقد سكت المشرع الجزائري عن تحديد النطاق الموضوعي لضمان حسن التنفيذ في حين حدد نطاقه الشخصي، كما لم يحدد له نظاما قانونيا خاصا.

أولا : نطاق تطبيق الضمان السنوي

(أ) المدین بهذا الضمان :

لقد نصت المادة 3/26 صراحة على "أن المرقي العقاري هو المدین بضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز"، دون غيره من المتدخلين في عملية البناء، أما فيما يخص المقاول فإن النص لا يشمل، ولهذا نرى أنه كان على المشرع الجزائري أن يشمل ضمان حسن التنفيذ (الإتمام الكامل لأشغال الإنجاز) حتى المقاول، وكل متدخل في عملية البناء.

أما بالنسبة لضمان حسن سير عناصر التجهيز، فقد ورد في الفصل الثاني من القانون 04/11، المتعلق بالتزامات المرقي العقاري، ووقوع هذا الضمان على عاتق المرقي العقاري، دونما أن يشير إلى المقاول.

(ب) الدائن بضمان حسن التنفيذ :

طبقا للقانون 04/11، فقد قصر المشرع الجزائري المستفيد من الضمان هو المقتني بإحدى صيغ البيع المحددة في المواد 25، 26، 27 و 28 من القانون 04/11 أي العقار المبني، أو في طور إنجاز أو مقرر إنجاز، وطبقا لقانون 04/11، فإن هذا الضمان مؤسس على عقد البيع لا على عقد المقاولة. لقد قرر المشرع الجزائري حماية أكثر لمقتني العقار، حيث أنه يمكن إسناد مهمة بناء العقارات لعدة مقاولين، الأمر الذي يصعب معه تحديد المسؤول المباشر عن سوء التنفيذ بين المقاولين والمقاولين الفرعيين، وحسن ما فعل المشرع عندما حمل المرقي العقاري مسؤولية ضمان حسن التنفيذ أمام مقتني العقار الذي هو الطرف الضعيف في هذه العلاقة التعاقدية.

ثانيا : النطاق الموضوعي

لقد سكت المشرع الجزائري عن بيان الأعمال أو الأضرار التي توجب ضمان حسن التنفيذ، على عكس ما جاء به في تحديد النطاق الموضوعي للمسؤولية العشرية، فـضمان حسن التنفيذ يشمل كل الأضرار أو العيوب التي لا تؤدي إلى إزالة البناية أو جزء من البناية، فهو يدخل في نطاقها.

تنص المادة 3/26 من القانون 04/11، أن ضمان حسن التنفيذ تشمل جميع العيوب المعاينة عند الاستلام، وكذلك تلك الطارئة في السنة الموالية.

أما فيما يخص ضمان حسن سير عناصر تجهيز البناية، فنجد الأمر المتعلق بالتأمينات 07/95 في نص المادة 181 منه، تعتبر عناصر التجهيز تدخل في نطاق المسؤولية العشرية. ولكن السؤال المطروح هل جميع عناصر التجهيز تدخل في نطاق الضمان العشري؟

إذا كانت عناصر التجهيز غير قابلة للانفصال تدخل ضمن الضمان العشري، أما إذا كانت قابلة للانفصال فتدخل ضمن الضمان السنوي.

البند3: مدة ضمان حسن التنفيذ :

إن مدة ضمان حسن التنفيذ في القانون الجزائري وطبقا لقانون 04/11 هي سنة من تاريخ استلام المقتني للملك العقاري، ويتأكد من تمام الإنجاز وحسن سير عناصره التجهيزية.

وما يمكن ملاحظته من خلال المادة 3/26 من القانون 04/11، أن مدة الضمان هي نفسها مدة الدعوى على عكس المسؤولية العشرية التي يمنح بموجبها المشرع ثلاثة سنوات لرفع الدعوى، فلم يحدد ميعاد رفع الدعوى حالة عدم القيام بالإصلاحات اللازمة، ما يفهم منه أن مدة الضمان هي سنة، يجب أن ترفع الدعوى خلالها. غير أن الإشكال الذي يطرح فيما يخص العيوب التي تكتشف في آخر يوم من الضمان، وبالتالي فوات فرصة رفع الدعوى على أساس انتهاء مدة السنة.

المبحث الثاني : انتهاء عقد المقاولة

عقد المقاولة ينتهي كغيره من العقود بتنفيذ كل من طرفيه التزاماته طبقا لشروط العقد المتفق عليها، أو بسبب المدة المحددة للمقاولة، إلا أن هناك حالات قد تنهي العقد دون الانتهاء من تنفيذ الالتزامات المتفق عليها، وقد يكون ذلك لسبب يعود لأحد المتعاقدين أو إلى أسباب خارجة عن إرادة المتعاقدين.

ومن الجدير بالذكر أن المشرع قد نظم انتهاء عقد المقاولة في المواد 566 إلى غاية 570 ق.م.ج. وقياسا على ذلك يمكن القول، أن الحالات التي ينتهي بها عقد المقاولة هي إما بسبب تنفيذ كافة بنوده من خلال تنفيذ كل متعاقد لما رتبته عليه العقد من التزامات أو بسبب انتهاء المدة المحددة للمقاولة. وقد ينتهي بسبب استحالة تنفيذه، كما ينتهي بالفسخ أو التقابل، وإن كانت هذه الأسباب تشكل انتهاء غير مألوف لعقد المقاولة، إلا أنه يتفق مع القواعد العامة.

- كما قد ينتهي عقد المقاولة لسببين خاصين، ذكرهما المشرع الجزائري في :
- تحلل رب العمل من العقد بإرادته المنفردة (المادة 566 ق.م.ج).
- موت المفاوض (المادة 569 ق.م.ج).

وتفصيلا لهذه الحالات، سوف نقوم بعرضها في مطلبين، نتطرق في المطلب الأول إلى الأسباب العامة لانتهاء عقد المقاولة، في حين نخصص المطلب الثاني لبحث الأسباب الخاصة التي ينتهي بها عقد المقاولة.

**المطلب الأول : الأسباب العامة لانتهاء عقد المقاولة**

**المطلب الثاني : الأسباب الخاصة لانتهاء عقد المقاولة**

المطلب الأول : الأسباب العامة لانتهاء عقد المقاولة

إن عقد المقاولة كغيره من العقود ينتهي ، إما بقيام أطرافه بتنفيذ إلتزاما ما ، كما قد ينتهي بإنتهاء المدة المحددة لعقد المقاولة.

الفرع الأول : الانتهاء المعتاد بتنفيذ عقد المقاولة

إن عقد المقاولة يستتبع الطيق العادي لانتهاء أي عقد، ويشمل ذلك حالتين :

الحالة الأولى : قيام طرفاه بتنفيذ التزاما ما.

الحالة الثانية : انتهاء المدة المحددة للمقاولة.

أولاً : انتهاء عقد المقاولة بتنفيذ الإلتزامات التعاقدية

إذا لم يكن عقد المقاولة محددًا بمدة معينة، فإنه يكون متعلقًا بإنجاز عمل معين التزم به المقاول، وقد يتم الاتفاق على أن يتم هذا العمل خلال مدة محددة بحيث يجب على هذا الأخير إنجاز العمل خلالها. فإذا لم يوجد مثل هذا الاتفاق فإنه يلزم المقاول بإتمام العمل المتفق عليه خلال مدة معقولة حسبما تقتضيه ذبيعة العمل وظروفه، فإنجاز العمل أو صنع الشيء المطلوب مقابل قيام المقاول بدفع الأجر المتفق عليه يعتبر الهدف أو الغاية النهائية التي يسعى المتعاقدان.

غير أن هذا التنفيذ قد لا يقضي على العقد تمامًا، وذلك إن كان لرب العمل حق الرجوع على المقاول بالضمان، كما هو الحال في مقاولات البناء والمنشآت المعمارية<sup>(1)</sup>، حيث يضمن كل من المهندس والمقاول ما يحدث في البناء من هدم أو ما يوجد فيه من عيوب خلال العشر سنوات التي تلي قبول البناء.

(1) - د . لبيب شنب، المرجع السابق، ص 227.

ثانيا : انتهاء عقد المقاولة بانقضاء المدة

ينتهي عقد المقاولة بانقضاء المدة المحددة له فيكون الزمن عنصر جوهري في عقد المقاولة، ومن ثم ينتهي ويزول.

الفرع الثاني : انتهاء عقد المقاولة قبل التنفيذ

إن انتهاء عقد المقاولة قبل تنفيذه، يعتبر طريق غير عادي، ولكنه انتهاء يتفق مع القواعد العامة، وأهم أسباب انتهاء عقد المقاولة قبل تنفيذه وفقا للقواعد العامة هي : التقابل، الفسخ، استحالة التنفيذ.

1. التقايل :

من المعلوم أن الأصل في الفقه الإسلامي هو أن العقد يجب الوفاء به عملا لقوله تعالى "يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود"<sup>(1)</sup>، ومع ذلك إذا تعذر استيفاء العقود عليه، سواء قبل البدء بتنفيذ العقد أو بعد البدء بالتنفيذ وقبل الانتهاء منه، لذلك قد يتفق المتعاقدان على إهاء عقد المقاولة، فينتهي هذا العقد بالتقايل. والإقالة جائزة في الشريعة الإسلامية لقوله صلى الله عليه وسلم : "من أقال نادما أقال الله عشرته يوم القيامة". بناء على هذا يمكن أن تنتهي المقاولة بالتقابل. ويعرف التقايل على أنه اتفاق بين أطراف العقد على إهائه، وهو يتم بإيجاب وقبول بطريقة صريحة أو ضمنية، ولا يكون للتقايل أثر رجعي من حيث الأصل إلا إذا اتفق المتعاقدان على أن يكون له هذا الأثر<sup>(2)</sup>.

وما يلاحظ أنه لم يرد في القانون المدني الجزائري نص حربي صريح يتحدث عن الإقالة كنظام، وإن كان قد أقره ضمينا، وهذا ما يمكن استخلاصه من مقتضيات المادة 106 من القانون المدني الجزائري، حيث نصت على أن : "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله، إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقرها القانون". فيفهم من النص أن العقد يجوز نقضه إما للأسباب التي يقرها القانون، وإما بواسطة اتفاق أطراف العقد. لذلك، قد يتفق المفاوض مع رب العمل على أن يتحلل كل واحد منهما من العقد بإراد ما المشتركة، سواء قبل البدء بتنفيذ العمل محل المقاولة أو بعد البدء بالتنفيذ وقبل الانتهاء منه. فكما انعقدت المقاولة بتراضي الطرفين فإذا تنتهي كذلك بتراضيهما، ويغلب في هذه الحالة أن يسوي الطرفان التزاما ما باتفاق ودي بينهما، ويضمنانه إقالة كل منهما

(1) - الآية الأولى من سورة المائدة.

(2) - أ. رمضان أبو السعود، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2002، ص 274.

للآخر من كافة الالتزامات، أو ما تبقى منها، أما إذا سكت الطرفان عن كيفية تسوية الحسابات، سرت القواعد العامة لاسيما مبدأ الإثراء بلا سبب<sup>(1)</sup>.

## 2. الفسخ :

إن فسخ العقد هو حل الرابطة العقدية، متى أخلّ الطرف الآخر بالتزاماته، فالفسخ جزاء إخلال أحد المتعاقدين بالتزاماته ليتحرر المتعاقد الآخر دائماً من الالتزامات التي يفرضها عليه العقد، ولقد نص المشرع الجزائري على الفسخ في نص المادة 119 و120 ق.م.ج.

بناءً على ذلك يمكن أن تنتهي المقاوله بالتقابل كما رأينا سابقاً، أي بالتراضي طالما هي وجدت باتفاق الطرفين، فيمكن أيضاً أن تنتهي بإرادتهما إذا لم يتفق الطرفان على فسخ العقد بالتراضي وكان أحدهما قد أخلّ بتنفيذ التزاماته، رغم أن الوفاء لا يزال ممكناً كان للعقد الآخر اللجوء إلى الفسخ القضائي.

ويستفاد من نص المادة 119 ق.م.ج أنه يشترط أن يسبق رفع دعوى الفسخ إعدار من طالب الفسخ إلى الطرف الآخر يطلب إليه تنفيذ العقد فإذا لم ينفذ ما التزم به، جاز لمن وجه الإعدار أن يطلب من المحكمة تنفيذ العقد أو فسخه، ما لم يثبت أنه لا ضرورة للإعدار في حال تصريح المقاول كتابة أنه لا يريد القيام بالتزاماته.

وتطبيقاً لذلك نجد أن الإخلال في عقد المقاوله قد يقع بخطأ من أحد المتعاقدين، فإذا رفض رب العمل تمكين المقاول من إنجاز العمل المطلوب منه، كما لو امتنع عن تقديم مادة العمل أو امتنع عن تسليم الرخص والرسومات اللازمة لكي يبدأ المقاول، أو تخلف رب العمل عن دفع الأجر، فإن ذلك يعد سبباً يبرر للمقاول طلب فسخ العقد.

وقد يكون التقصير صادراً من المقاول، كما لو امتنع عن تنفيذ أو قام به على نحو معيب أو تباطأ فيه أو خالف الشروط المتفق عليها، وهكذا يتضح أن كل إخلال من تقبل المقاول بالتزام من التزاماته الرئيسية يعد سبباً يبرر لرب العمل طلب فسخ العقد مع التعويض إن كان له مقتضى.

ومع ذلك، فإن رفع دعوى الفسخ لإخلال أحد المتعاقدين بالتزاماته، لا يؤدي حتماً إلى الحكم بالفسخ، فالأمر متروك للطرفين وللقاضى.

فبالنسبة للطرفين، للدائن الذي رفع الفسخ أن يعدل قبل الحكم، عن طلب الفسخ إلى طلب التنفيذ عينياً أو بطريق التعويض، وللمدين الذي رفعت عليه دعوى الفسخ إلى حين صدور حكم نهائي بالفسخ أن ينفذ التزاماته، فلا يحكم القاضى بالفسخ، ولا يبقى له سوى أن يقدر ما إذا كان هناك مقتضى للحكم بالتعويض على التأخير في الوفاء<sup>(2)</sup>.

وللقاضى سلطة تقديرية، إذ تنص المادة 2/119 ق.م.ج "ويجوز للقاضى أن يمنح المدين أجلاً حسب الظروف، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة لكل الالتزامات".

(1) - د. محمد عبد الرحيم عنبر، الوجيز في عقد المقاوله و التوكيدات التجارية، الطبعة الثالثة، ص258.

(2) - د. إسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ج2، مكتبة عبد الله وهبه، طبعة 1966، القاهرة، ص28.

وهذا يعني أن قاضي الموضوع هو الذي يقدر ظروف عدم التنفيذ، فإذا كان التنفيذ على الرغم مما يعتريه من نقص ما زال مفيدا للدائن، كما لو كان الجزء المنفذ هو الأهم، عندئذ يحكم بالإبقاء على العقد والعمل على تنفيذه مكتفيا بالتعويض للدائن.

أما إذا وجد القاضي أن الخطأ أو التقصير الذي ارتكبه أحد المتعاقدين كان متعمدا أو أهمل فيه إهمالا واضحا أو تأخر فيه تأخرا طويلا رغم إعداره، فإن ذلك يبرر الفسخ كجزاء للقوة الملزمة لعقد المقاولة، وقد يحكم إلى جانب ذلك بالتعويض إذا كان له مقتضى، وهذا ما تؤكد عليه صراحة المادة 119 ق.م.ج "في العقود الملزمة... للجانبين جاز للمتعاقدين الآخر.... أو فسخه مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك".

### 3. انتهاء عقد المقاولة لاستحالة تنفيذه :

نصت المادة 567 من القانون المدني الجزائري على أنه : "ينقضي عقد المقاولة باستحالة تنفيذ العمل المقعود عليه".

إن نص المادة 567 ق.م.ج، ما هي إلا تطبيق للمبدأ العام بشأن انقضاء الالتزامات الوارد في نص المادة 307 من ذات القانون، والتي تنص : "ينقضي الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلا عليه لسبب أجنبي عن إرادته".

فإذا أصيب المقاول بعجز يمنعه من إكمال العمل الذي بدأ بتنفيذه، فإن هذا العجز يكون سببا لانتهاء عقد المقاولة، وانفساخه من تلقاء نفسه بشرط أن يكون ذلك العجز مما لا بد للمقاول في إحداثه<sup>(1)</sup>، تطبيقا لنص المادة 121 ق.م.ج "في العقود الملزمة للجانبين، إذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت معه الالتزامات المقابلة له، وينفسخ العقد بحكم القانون".

وتطبيقا لذلك لو أصيب المقاول بمرض أو حادث جسيم أفقده الرؤية أو القدرة عن العمل، أو حالة نزع ملكية الأرض من رب العمل من أجل المنفعة العامة ففي هذه الحالة ينتهي العقد باستحالة التنفيذ لسبب أجنبي، وينقضي التزام المقاول المقابل له وينفسخ عقد المقاولة.

ولابد من التأكيد على أنه يشترط هنا ألا تكون الاستحالة وقتية بطبيعتها، لأن إتمام العقد لا يقع إلا بالاستحالة النهائية<sup>(2)</sup> ويترتب على الفسخ إلزام رب العمل بأن يدفع للمقاول قيمة ما تم من الأعمال وما أنفق في سبيل التنفيذ بقدر ما يعود على رب العمل من نفع. وهذا ليس إلا تطبيقا للقواعد العامة في الإثراء بلا سبب إلا بموجب عقد المقاولة كما قد انتهت.

(1) - د. لبيب شنب، المرجع السابق، ص 245.

(2) - د. عدنان السرحان، المرجع السابق، ص 96.

وبناءً على ذلك يلتزم رب العمل بدفع أقل القيمتين، قيمة للأعمال التي أجزها المقاول والنفقات التي أنفقها في سبيل التنفيذ أو قيمة النفع الذي عاد على رب العمل مما أجزه المقاول من أعمال.

المطلب الثاني : الأسباب الخاصة لانتهاء عقد المقاولة

بالإضافة إلى الأسباب العامة التي ينتهي بها عقد المقاولة، هناك سببان آخران يمكن أن ينتهي بها، وهما سببان خاصان، أوردهما لمشرع الجزائري هما :

السبب الأول : يتعلق بتحلل رب العمل من عقد المقاولة بإرادته المنفردة وقد نصت عليه المادة 566 ق.م.ج، و السبب الثاني : يتعلق بحالة وفاة المقاول وقد نصت عليه المادة 569 ق.م.ج.

الفرع الأول : تحلل رب العمل من المقاولة بإرادته المنفردة

تنص المادة 566 ق.م.ج : "يمكن لرب العمل أن يتحلل من العقد ويوقف التنفيذ في أي وقت قبل إتمامه، على أن يعوض المقاول عن جميع ما أنفقته من المصروفات، وما أنجزه من الأعمال وما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل، غير أنه يجوز للمحكمة أن تخفض مبلغ التعويض المستحق عما فات المقاول من كسب إذا كانت الظروف تجعل هذا التخفيض عادلا، ويتعين عليها بوجه خاص أن ينقص منه ما يكون المقاول قد اقتصده من جراء تحلل رب العمل من العقد وما يكون قد كسبه باستخدام وقته في أمر آخر".

يتضح من الفقرة الأولى لنص المادة 566 ق.م.ج أنه يجوز لرب العمل أن يرجع عن عقد المقاولة، ويتحلل منه بإرادته المنفردة بشرط تعويض المقاول عما أنفقته وما فاتته من كسب، ولا شك في أن ذلك خير لرب العمل، بدلا من الاستمرار في العمل حتى ما يته والاتفاق في غير فائدة.

إن إعطاء المشرع الجزائري لرب العمل هذه الرخصة، قد يفهم منه أنه خوج على قاعدة "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاقهما أو للأسباب التي يقررها القانون"، المادة 106 ق.م.ج. ولكن في الحقيقة أن هذا النص يؤول في النهاية إلى أنه تطبيق لهذه القاعدة بما يساير طبيعة عقد المقاولة بالنسبة للمقاول، فإن كان لرب العمل أن يعدل عن تنفيذ عقد المقاولة تنفيذا عينيا، بإتمام العمل محل المقاول، فهذا لا يعفيه من تنفيذ العقد عن طريق التعويض.

أما بالنسبة للمقاول فالأمر مختلف على اعتبار أن له مصلحة محققة في أن يتم العمل، ومن أجل ذلك أبرم عقد المقاولة، ومن ثم لم يجز القانون للمقاول أن يتحلل من عقد المقاولة بإرادته المنفردة، كما أجاز ذلك لرب العمل، بل جعل لهذا الأخير الحق في إجبار المقاول على التنفيذ العيني دون أن يقتصر على التنفيذ بطريق التعويض.

أما عن الفقرة الثانية من المادة 566 ق.م.ج، التي تجيز تخفيض التعويض المستحق للمقاول عما فاتته من كسب، بل وتوجب إنقاص هذا التعويض بقدر ما اقتصده المقاول نتيجة عدم إتمام تنفيذ العقد، وما كسبه من استخدام وقته في أمر آخر، فليس له هذا أيضا إلا تطبيقا للقواعد العامة، على اعتبار أنه عند حساب الخسارة التي يتحملها المقاول نتيجة عدم تنفيذ المقاولة، يجب خصم ما لم يتحمله فعلا من الخسارة، بسبب وقف تنفيذ المقاولة وعدم المضي في

إنجاز العمل، كما أنه عند حساب الكسب الذي فات المقاول، يتعين كذلك خصم ما لم يفوته فعلا، إذا كان قد استخدم وقته في أمر آخر عاد عليه بكسب معين.

### شروط تحلل رب العمل من عقد المقاولة بإرادته المنفردة :

من خلال نص المادة 566 ق.م.ج، يتبين لنا ضرورة وتوافر شروطا أربعة حتى يتمكن رب العمل من التحلل من عقد المقاولة بإرادته المنفردة :

#### الشرط الأول : أن يكون العمل محل المقاولة لم يتم

فإذا تم العمل لم تعد هناك فائدة من إمكان التحلل من عقد المقاولة، لأن رب العمل إذا يلتزم بدفع الأجر كاملا على سبيل التعويض، ويثبت الحق في التحلل من المقاولة منذ فنية إبرام العقد، حتى ولو لم يبدأ العمل<sup>(1)</sup>، بل أن التحلل قبل البدء في العمل يسري على رب العمل إذ يكون التعويض المستحق للمقاول أقل. ويبقى الحق في التحلل قائما، حتى بعد البدء في العمل والمعنى فيه إلى ما قبل إتمامه، فإذا أتمه المقاول وأعذر رب العمل أن يتسلمه، انقطع حق رب العمل في التحلل من المقاولة بعد هذا الإعذار<sup>(2)</sup>.

#### الشرط الثاني : أن يكون الطرف الذي يتحلل من العقد هو رب العمل

فالمقاول ليس له الحق في التحلل من المقاولة بإرادته المنفردة، بل يبقى ملزما بتنفيذها إلى النهاية، ويجوز لرب العمل إجباره على التنفيذ العيني دون أن يقتصر على مطالبته بالتعويض طبقا لنص المادة 566 ق.م.ج. ولا يستطيعوا دائنو رب العمل طلب إءاء المقاولة بالنيابة عنه، فهو حق شخصي متروك لمحض تقديره<sup>(3)</sup>. وينتقل حق رب العمل في إءاء عقد المقاولة، بإرادته المنفردة إلى خلفه العام والخاص، فلورثة رب العمل بعد موته أن يستعملوا هذا الحق، فإذا تعدد الورثة واستمر المقاول في إنجاز العمل شائعا لحسام، جاز لمن يملك ثلاثة أرباع العمل أن ينهي العقد على أساس أن ذلك يعتبر تصرفا في نتيجة العمل طبقا لنص المادة 720 ق.م.ج التي تنص : "للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع أن يقرروا التصرف فيه إذا استندوا في ذلك أسباب قوية، على أن يعلنوا بعقد غير قضائي، قرارا م إلى باقي الشركاء، ولمن خالف من هؤلاء حق الرجوع إلى المحكمة خلال

(1) - د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ج7، ص229.

(2) - د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ج7، ص229.

(3) - د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ج7، ص246.

شهرين من وقت الإعلان، وللمحكمة عندما تكون قسمة المال الشائع ضارة بمصالح الشركاء، أن تقدر تبعا للظروف ما إذا كان التصرف واجبا"

### الشرط الثالث : أن يكون تحلل رب العمل من المقاولة راجعا إلى إرادته وليس إلى خطأ المقاول

فإذا ارتكب المقاول خطأ، جاز لرب العمل بعد إعدار المقاول أن يطلب التنفيذ العيني، فيجبر المقاول على إصلاح خطئه عينا مع المعني في التنفيذ وذلك إلى جانب تعويض رب العمل عن الضرر الذي أصابه بسبب الخطأ<sup>(1)</sup>. كما له (رب العمل) كذلك طلب الفسخ إذا كان هذا الخطأ يبرر الفسخ طبقا لنص المادة 119 ق.م.ج، وفي هذه الحالة يكون المقاول هو المسؤول عن تعويض رب العمل عن الضرر الذي أصابه بسبب الفسخ، ولا يرجع المقاول على رب العمل بتعويض كامل كما كان يرجع لو أن رب العمل تحلل بإرادته المنفردة، بل يرجع عليه بمبدأ الإثراء بلا سبب<sup>(2)</sup>.

### الشرط الرابع : ألا يشترط المقاول على رب العمل عدم جواز التحلل من العقد

إن حق رب العمل في التحلل من العقد بعد التعويض ليس من النظام العام فيجوز الاتفاق على ما يخالف هذه القاعدة<sup>(3)</sup>.

وبالتالي يجوز الاتفاق على عدم جواز تحلل رب العمل من العقد، وفي هذه الحالة لا يجوز له التحلل بإرادته المنفردة، بل يستطيع المقاول أن يلزمه بإكمال العمل كما يجوز الاتفاق كذلك على العكس، على أن يكون لرب العمل التحلل من المقاولة دون أن يدفع أي تعويض للمقاول أو دون أن يدفع تعويضا كاملا بل يقتصر على دفع ما أثرى به على حساب المقاول.

ويثبت حق الإماء لرب العمل، سواء كان هو الذي قدم المواد المستخدمة في العمل أو كان المقاول هو الذي قدم هذه المواد، طبقا لنص المادة 566 ق.م.ج.

كما يجوز لرب العمل التحلل من المقاولة أيّا كانت الأسباب والبواعث التي دفعته إلى ذلك فهو غير ملزم بيبا للمقاول، بل ولا معقب عليه في ذلك من القضاء نفسه<sup>(4)</sup>.

ويكون التحلل من المقاولة بإخطار رب العمل المقاول برغبته في الرجوع في المقاولة، ولم يشترط القانون شكلا خاصا لتمام الرجوع، ولكن عبئ إثبات الإخطار، يقع على رب العمل، ويجوز الرجوع في المقاولة في أي وقت منذ إبرام

(1) - د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ج7، ص246.

(2) - د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ج7، ص245.

(3) - د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ج7، ص247.

(4) - د. لبيب شنب، المرجع السابق، ص251.

العقد إلى ما قبل إعدار المقاول لرب العمل بتسلم العمل، ويتم التحلل من المقاولة بمجرد وصول الإخطار إلى علم المقاول، طبقا للقواعد العامة المقررة في إنتاج الإرادة لأثرها وفقا للمادة 61 ق.م.ج<sup>(1)</sup>.

### النتائج المترتبة عن التحلل من المقاولة :

فإذا وقع الإخطار، ترتبت النتائج التالية :

1- انتهاء عقد المقاولة بالرجوع فيه، فلا يعود رب العمل ملزما بدفع الأجر ولا يعود المقاول ملزما بإنجاز العمل<sup>(2)</sup>.

2- التزام رب العمل بتعويض المقاول طبقا لنص المادة 566 ق.م.ج عن جميع ما أنفقته من المصروفات وما أنجزه من عمل، وما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل ومصدر هذا الالتزام القانون (المادة 566 ق.م.ج)، لا عقد المقاولة قد انتهى فيلتزم رب العمل :

أ) تعويض المقاول عن جميع ما أنفقته من المصروفات، ولو كانت مصروفات أولية لم تعد بنفع على رب العمل<sup>(3)</sup>، ويدخل في ذلك أجور العمال والنفقات الفعلية التي صرفها في إنجاز الأعمال والقيمة الفعلية للمواد التي قدمها لاستخدامها في العمل.

وعلى المقاول أن يسلم لرب العمل ما أنجز من العمل، بعد أن يتقاضى قيمته كما ذكرنا سابقا، غير أن المقاول ليس مجبرا على تسليم المواد التي قدمها، فإذا أراد الاحتفاظ بها جاز له ذلك على ألا يتقاضى عليها تعويضا. ولا يتقاضى المقاول تعويضا إلا عن الأعمال التي يكون قد أنجزها وقت علمه بإخطار رب العمل إلا على أساس مبدأ الإثراء بلا سبب، أي بأقل القيمتين ما صرفه فعلا وما عاد بالنفع على رب العمل، وذلك ما لم تكن هذه الأعمال ضرورية للمحافظة على ما أنجز من العمل، كما لو وضع أدوات صحية في بناء فيكتب هذه الأدوات في أماكنها حتى لا تتلف ويرجع بالنفقات الفعلية التي صرفها في تثبيت الأدوات.

ب) تعويض المقاول عما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل، فإذا كان العمل مثلا بناء عمارة من عشرة أدوار وقدر له أجر ثلاثين ألفا، وتحلل رب العمل من العقد بعد بناء خمسة أدوار، فإن المقاول يرجع بالنفقات الفعلية التي صرفها في بناء خمسة أدوار على الوجه السابق، ثم يحسب ما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل يكون

(1) - تنص المادة 61 ق.م.ج : "ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه، ويعتبر الوصول التعبير قرينه على العلم به ما لم يقدّم الدليل على عكس ذلك".

(2) - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ج7، ص250.

(3) - د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ج7، ص251.

ثلاثة آلاف فيرجع أيضا هذا المبلغ على رب العمل، إذ هو الكسب الذي فات المقاول من جراء عدم إكمال العمارة إلى عشرة أدوار.

ج) تخفيض التعويض المستحق للمقاول عما فاته من كسب، إذا كانت الظروف تجعل هذا التخفيض عادلا لنص المادة 2/566 ق.م.ج وهذا ليس إلا تطبيقا للقواعد العامة، فقد تقوم ظروف تجعل من العدل تخفيض التعويض المستحق عما فات المقاول من كسب، مثل ذلك أن يتضح بعد أن وقف المقاول تنفيذ العمل، أنه لو أتم العمل لكلفه الباقي من نفقات أكبر لارتفاع أسعار المواد الأولية وأجور العمال. ففي هذه الحالة يجوز للقاضي أن يخفض مقدار الربح الذي فات المقاول بما يتناسب مع ما ظهر من ارتفاع الأسعار والأجور.

وإذا كان يجوز تخفيض التعويض في هذه الحالة، فإنه يتعين تخفيضه في حالتين أخريين، تتعلق الأولى بما يكون المقاول قد اقتصدته من جراء تحلل رب العمل من العقد، وترتبط الثانية بما يكون للمقاول قد كسبه باستخدام وقته فعلا في عمال آخر. وفي الحالة الأخيرة، لا يشترط أن يكون المقاول قد استخدم وقته فعلا في أمر آخر، بل يكفي قد أتاحت له فرصة في استخدامه ولم يفعل، فإنه قد أضع على نفسه هذا الكسب بتقصير منه<sup>(1)</sup>.

### الفرع الثاني : موت المقاول :

تنتهي المقاولة بموت المقاول، وهذا ما تؤكدته المادة 569 ق.م.ج التي تنص : "ينقضي عقد المقاول بموت المقاول إذا أخذت بعين الاعتبار مؤهلاته الشخصية وقت التعاقد وإن كان الأمر خلاف ذلك فإن العقد لا ينتهي تلقائيا ولا يجوز لرب العمل فسخه في غير الحالات التي تطبق فيها المادة 552 الفقرة الثانية إلا إذا لم تتوفر في ورثة المقاول الضمانات الكافية بحسن تنفيذ العمل".

بناءً على هذا النص فالأصل أنه لا أثر لموت المقاول في العقد بل يظل قائمان ويتولى الورثة في حال كان المقاول شخصا طبيعيا متابعة العمل وتنفيذه. لأن عقد المقاولة من العقود المالية، وبالتالي فإن شخصية كل من طرفي العقد ليست محل اعتبار في التعاقد، وأن موت طرفي العقد لا يؤثر فيه أو في الالتزامات المترتبة عليه.

أما إذا كانت مؤهلات المقاول محل اعتبار في التعاقد، فإن موته يؤدي إلى انتهاء العقد بحكم القانون. وبناءً على ذلك فإن الأمر يقتضي أن نفرق بين حالتين :

(1) - د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ج7، ص259.

الحالة الأولى : إذا كانت مؤهلات المقاول محل اعتبار أو اتفق معه على أن يعمل بنفسه

يؤدي موت المقاول إلى انتهاء العقد بحكم القانون إذا كان متفقاً على أن يعمل بنفسه أو كانت مؤهلاته الشخصية محل الاعتبار في التعاقد<sup>(1)</sup>.

ويقصد هذه المؤهلات صفات المقاول التي تكون ذات تأثير في حسن تنفيذ العمل ويشمل ذلك سمعته من ناحية الكفاية الفنية والأمانة وحسن المعاملة، وتخصه في نوع العمل وما لديه من شهادات فنية في هذا التخصص، وما قام به من أعمال تكسبه تجربة عملية فيه، والبت فيما إذا كانت مؤهلات المقاول الشخصية محل اعتبار في التعاقد مسألة واقع تخضع لتقدير قاضي الموضوع على ضوء الظروف التي لا يست هذا التعاقد.

وفي كل ذلك يجب على القاضي البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين، فهي الأساس في تقدير ما إذا كانت شخصية المقاول محل اعتبار في التعاقد<sup>(2)</sup>.

فإن كانت مؤهلات المقاول محل اعتبار في التعاقد، فإن موت هذا المقاول يؤدي إلى انتهاء عقد المقاولة من تلقاء نفسه بحكم القانون ودون حاجة إلى طلب فسخه قضاءً، لا من ناحية رب العمل، ولا من ناحية المقاول<sup>(3)</sup>.

وبناءً على ذلك، فإن المقاولة تنسخ من تلقاء نفسها في هذه الحالة، ولا يستطيع الورثة الاستمرار في تنفيذها، وكذلك لا يستطيع رب العمل أن يجبر الورثة على الاستمرار في التنفيذ، وإذا أراد الطرفان الاستمرار في التنفيذ، فلا بد من عقد جديد بإيجاب وقبول جديد من رب العمل وورثة المقاول، ويكون تاريخ العقد من وقت المقاولة.

وما تجدر الإشارة إليه، أنه لا أثر لموت المقاول من الباطن على عقد المقاولة الأصلي وذلك لاستقلال هذا العقد عن عقد المقاولة من الباطن، فانتهاؤه المقاولة من الباطن بسبب موت المقاول من الباطن لا يؤدي إلى انتهاء عقد المقاولة الأصلي ومع ذلك فإن موت المقاول الأصلي يؤدي إلى انتهاء المقاولة من الباطن، لأن الأخيرة تنتهي بانتهاء المقاولة الأصلية، ذلك أن موت المقاول الأصلي يؤدي إلى انتهاء عقد المقاولة الأصلي، وإن كان عقد المقاولة من الباطن عقداً منفصلاً عن عقد المقاولة الأصلي، إلا أنه في التعاقد من الباطن يوجد عقدان أحدهما يسبق الآخر في تاريخ الانعقاد، فعقد المقاولة من الباطن يجب أن يكون لاحقاً في تاريخ انعقاده للعقد الأصلي، ولا بد أن تكون هناك تبعية بين العقد من الباطن والعقد الأصلي، ولا بد أن تكون هناك تبعية من حيث المحل بحيث يستعير العقد من الباطن محله من العقد الأصلي.

(1) - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ج7، ص259.

(2) - فتيحة قرّة، المرجع السابق، ص264.

الحالة الثانية : إذا كانت مؤهلات المقاول ليست محل اعتبار

غالباً ما يكون ذلك إلا مقاولات الأبنية التي يكون محلها عملاً بسيطاً لا يتطلب مهارة فنية خاصة، ويستطيع أن يقوم بأي شخص في الحرفة، وكذلك في مقاولات الأبنية الكبيرة التي يقوم بها مقاولون كبار لا يعتمدون على كفاءة الفني الشخصية بقدر ما يعتمدون على من يستخدمون من موظفين فنيين وما عندهم من أدوات ومعدات ورؤوس أموال.

وبناءً على النص المشار إليه سابقاً، فإن الحكم القانوني يقتضي التمييز بين صورتين :

الصورة الأولى : إذا لم تتوافر في ورثة المقاول الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل

ويتحقق ذلك في حالة موت المقاول وعدم وجود أحد من ورثته يحترف حرفته أو يكون هؤلاء ليس من شأنهم أن يبعثوا (الطمأنينة) وليس منهم من تتوافر فيه الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل سواء في ذلك المؤهلات والخبرة اللازمة لذلك أو القدرة المالية، أو الأمانة، ففي هذه الصورة لا تنفسخ المقاولة من تلقاء نفسها، ولكن يجوز لرب العمل طلب فسخها، ويترك الأمر للقاضي الموضوع في تقدير ما إذا كان الورثة لا تتوافر فيهم الضمانات الكافية عندئذ يحكم بفسخ العقد، أو فيهم من الضمانات ما يكفي للمضي في العمل وتنفيذه فيرفض طلب الفسخ، وفي المقابل من حق الورثة إذا كانوا لا يحترفون حرفة مورثهم أو كانوا لا يطمئنون على قدرتهم على المضي في العمل، فإن لهم أيضاً إذا أصر رب العمل على التنفيذ أن يطلبوا من القاضي فسخ العقد، ويكون للقاضي سلطة تقديرية في قبول هذا الطلب أو رفضه<sup>(1)</sup>.

الصورة الثانية : إذا توافرت في ورثة المقاول الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل

ففي هذه الصورة لا يمكن أن يجاب طلب رب العمل أو ورثة المقاول بالفسخ ويبقى عقد المقاولة قائماً بالرغم من موت المقاول، ويصبح ورثته من بعد ملزمين بالمضي في العمل حتى إنجازها آتياً وتنتقل إليهم حقوق مورثهم وكذلك تنتقل إليهم التزاماتهم في حدود التركة<sup>(2)</sup>، وفي هذا الصدد نلاحظ أن نص المادة 569 ق.م.ج لم تشر إلى موت رب العمل، وبالتالي تطبق القواعد العامة لأن شخصية رب العمل ليست محل اعتبار في العادة، ويترتب على ذلك عدم انتهاء العقد حيث يحل محله ورثته في كل حقوقه والتزاماته في حدود التركة<sup>(3)</sup>.

(1) - د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ج7، ص361.

(2) - د. محمد عنبر، المرجع السابق، ص266.

(3) - د. عزت عبد القادر، المرجع السابق، ص214.

خاتمة الفصل الثاني:

لقد رأينا خلال هذا الفصل ، أن الواقع العملي في ا مال العمراني ، أثبت أنه يوجد بعض العيوب لا يمكن لا القواعد العامة ولا حتى الضمان العشري أن يتداركها ، إذا تعلق الأمر مثلا بعنصر تجهيزي أو ما تعلق بحسن الانجاز ، لهذا سارعت التشريعات المقارنة خاصة الفرنسي منها ، باستحداث ضمانات جديدة سماها "ضمان كفاءة الأداء بموجب القانون 12/78 في نص المادة 3/1792 .

وكذلك أوجد ضمان آخر سماه "ضمان تمام الإنجاز أو الضمان السنوي، أو ضمان التشطيب".

بينما المشرع الجزائري ، لم يفصل في هذه الضمانات على غرار المشرع الفرنسي ، وإنما اكتفى بتنظيمها في ظل القانون 04/11 المحدد للقواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية .

و رأينا كذلك ، أن عقد المقاولة ينتهي كباقي العقود ، إما بالطرق العادية (من تنفيذ إلتزامات العقد ، أو انتهاء المدة المحددة) ، كما قد تنتهي المقاولة دون الإلتهاء من تنفيذ التزامات العقد ، إما بسبب يعود لأحد المتعاقدين ، أو أسباب خارجة عن إرادة المتعاقدين.

الخاتمة العامة:

بعد الإنتهاء من هذه الدراسة فإننا يمكن أن نسجل أدناه أهم ما توصلنا إليه من نتائج أو إستنتاجات وما نقترحه من توصيات بالشكل الآتي:

أولاً: الإستنتاجات

1. على الرغم من أن فقهاء القانون المدني قد أشاروا عند بحثهم عن شروط قيام المسؤولية العقدية بصفة عامة وإلى مسؤولية المقاول والمهندس المعماري بصفة خاصة، إلى ضرورة قيام الرابطة العقدية بين الطرفين، وضرورة الإخلال بأحد الإلتزامات العقدية الناشئة عن هذه الرابطة، إلا أنه لم يشيروا إلى شرط ثالث وهو وجوب توافره، هو أن ينسب الإخلال بالإلتزام العقدي إلى خطأ يسأل عنه، وهذا ما إستخلصناه من خلال نص المادة 176 ق م ج التي أشارت إلى مسؤولية المدين ( المقاول أو المهندس المعماري ) بالإلتزام العقدي عن الإخلال بإلتزامهم ما لم يثبت أن ذلك يرجع إلى سبب أجنبي لا يد له فيه.

2. أن القوانين المقارنة بما فيها المشرع الجزائري لم ينص صراحة في نصوص قانونية خاصة، على المسؤولية العقدية للمقاول و المهندس المعماري ,وإنما نظم هذه المسؤولية في اطار القواعد العامة للمسؤولية العقدية .

3. لما كان الأصل أن شخصية المقاول ليست محل اعتبار في عقد المقاولة فإن من حق المقاول الاستعانة بالغير لمساعدته في تنفيذ الإلتزامات العقدية الناشئة عن هذا العقد و هم :

أ) - المقاول الفرعي الذي نصت عليه المادة 561ق.م.ج. فقد أوضحت هذه الدراسة أن المقاول لا يقيد حقه إذا استعان بمقاول فرعي (ثانوي) إلا قيدين هو :

1) - وجود اتفاق بين الطرفين المتعاقدين.

2) - ثبوت طبيعة العمل محل المقاولة مما يفترض معه الركون الى كفاية المقاول الشخصية .

ب) - حالة استعانة المقاول ببعض العمال أو المستخدمين، فالمقاول يسأل عن فعل الإخلال عن هؤلاء الأشخاص إذا تعلق الامر ، بأحد إلتزاماته العقدية.

4. كما قد تقوم المسؤولية التقصيرية لكل من مالك بناء والمقاول والمهندس المعماري، - فمالك البناء تتحقق مسؤوليته طبقاً لنص المادة 2/140-3 ق . م . حيث تقوم هذه المسؤولية على فكرة الخطأ، المفترض في جانب المالك الذي يتحمل عبئ الإثبات في قانون الجزائري والمصري، عكس القانون الفرنسي.

-أما عن المسؤولية التقصيرية لكل من المقاول والمهندس المعماري لم يجعل لها المشرع الجزائري نص خاص ، وإنما عولجت ضمن أحكام القواعد العامة، فخارج نطاق إلتزامات العقد، تقوم مسؤولية المقاول و المهندس إتجاه الغير الأجنبي عن العقد، كالجيران والمارة على أساس مضار الجوار، غير المألوفة ، وحتى إتجاه رب العمل إذا تعلق الامر بالإلتزامات خارجة عن النطاق العقدي.

5. أما فيما يخص المسؤولية العشرية، فنستخلص منها، أن أحكام الضمان العشري الواجبة على المهندس المعماري والمقاولين، بقيت على حالها منذ أن صدر القانون المدني الجزائري سنة 1975، في نص المادة 554 ق. م . ج حيث أن التعديلات التي جاء بها المشرع، فيما بعد بموجب المادة 178 من القانون 07/95 المتعلق بالتأمينات والتي وسعت من دائرة أحكام الضمان العشري، وذلك بإدخالها عيب المساس بثباته عنصر تجهيزي في البناء ضمن دائرة العيوب التي يشملها هذا الضمان ، وكذلك القانون 04/11 ، الذي يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية في نص المادة 46 وسعت من اشخاص الضمان العشري ، لتشمل المقاول الفرعي ، وكما لاحظنا ، أنه كي يقوم الضمان بالنسبة له ، يجب أن يكون المقاول الأصلي متعاقد مع المرقى العقاري بو صفه رب العمل ، أما خارج إطار الترقية العقارية ، لا يمكن إلزام المقاول الفرعي بأحكام الضمان العشري المنصوص عنه في المادة 554ق.م.ج.

#### الاقتراحات :

(1) - إن المشرع الجزائري ، لم يوفق في تعريف عقد المقاول في نص المادة 549ق.م. لأنه لم يبرز خاصية تميز عقد المقاول ، وهي الاستقلالية ، أي دون أن يخضع المقاول لإدارة و اشراف رب العمل ، وعليه نقترح على المشرع تعديل نص المادة 549ق.م. ج بما يفيد قيام المقاول بالعمل بصورة مستقلة ،دون خضوع لإدارة و إشراف رب العمل .

(2) - فيما يخص المسؤولية العقدية للمقاول ، يجب على المشرع أن يشير صراحة إلى المسؤولية العقدية للمقاول و المهندس المعماري بوصفها أحد تطبيقات المسؤولية العقدية بصفة عامة.

**3-** لقد نظم القانون المدني الجزائري حالة قيام المقاول في عقد المقاولة ، بالاستعانة بالغير لغرض تنفيذ عقد المقاولة ، طبقا لنص المادة 561ق.م .ج.غير أن هذه المادة قد شال بعض جوانبها القصور وعدم الدقة من ناحيتين :

أ) - إن حكم المادة 564 ق .م. ج قد اقتصر على منح المقاول حق ايكال محل عقد المقاولة إلى مقاول آخر (مقاول فرعي) من دون أن تشير إلى حق المقاول في الاستعانة بأشخاص آخرين يكونون مجرد مساعدين أو معاونين للمقاول أو المهندس المعماري ، من دون أن يوكل إليهم تنفيذ العمل بصورة مستقلة عن المقاول.

ب) - إن الفقرة الثانية من المادة نفسها المشار إليها أعلاه ، قد أقرت مسؤولية المقاول اتجاه رب العمل ، ولكنها لم تحدد طبيعة هذه المسؤولية أو الأساس الذي تقوم عليه، هل المسؤولية العقدية أو على أساس المسؤولية التقصيرية.

**4-** أما فيما يخص المسؤولية التقصيرية في مال المعماري فنقتراح كالاتي:

أ) - مالك البناء: طبقا لنص المادة 2/140-3ق.م .ج، فقد ادجت في غير مكالم الطبيعي كما قال بذلك أغلب الفقهاء ، لأن مكالم المناسب و الطبيعي باعتبارها تتضمن نوعا من القيود الواردة على حق الملكية ، فمكالم ضمن هذه القيود ، وليس أحكام المسؤولية التقصيرية ، ولهذا نقتراح على المشرع إعادة وضع هذه الفقرة ضمن الفصل المخصص لقيود حق الملكية ، فهذه الفقرات جاءت شاملة ، فكل من يكون مههدا با يار مبنى يجوز له ، إخطار المالك لإصلاحها ، أو أن يرجع إلى المحكمة لإستصدار إذن للقيام اذا الإصلاح على نفقة المالك.

ب) - المقاول و المهندس المعماري : يجب على المشرع الجزائري كذلك أن ينظم هذه المسؤولية في نصوص خاصة ، ولا يتركها مبعثرة ضمن القواعد العامة .

5) نلاحظ في نص المادة 552ق.م .ج ، أن المقاول قد يقدم المادة المطلوبة لإنجاز العمل من عنده مع تقديم العمل ، أو يكتفي فقط بالقيام بالعمل دون المادة اللازمة ، وفي حالة إذا تعهد رب العمل بتقديمها وكان عيوب ، فإن المشرع الجزائري لم يشر إلى ضرورة إلزام المقاول بإخطار رب العمل بالعيوب التي يكتشفها ، خاصة أن سلامة المواد لها دور بالغ الأهمية في سلامة البناء ، وعليه يتعين على المشرع تعديل المادة 552 ق.م .ج ، بما يفيد ضرورة إلزام المقاول بإخطار رب العمل.

6) يتعين على المشرع الجزائري تعديل نص المادة 554 ق.م.ج بأن يوسع من دائرة الأشخاص الخاضعين لأحكام الضمان العشري، وذلك بالنص الصريح، على كل شخص له صفة معماري كما فعل المشرع الفرنسي، وكذلك على كل الصناع الذين يشاركون بمنتجاتهم في عملية البناء، أو الأشخاص الذين يستوردون هذه المنتجات الصناعية، أو يتولون توزيعها وبيعها، وذلك تسهيلا على المشتري (رب العمل) الحصول على التعويض إذا ما أصابه الضرر من هذه المنتجات.

7) كذلك يجب على المشرع أن يراجع نصوص القانون المدني الخاصة بالمسؤولية العشرية بتوسيع نطاقها من حيث الأشخاص، كما فعل في القانون 04/11 المتعلق بنشاط الترقية العقارية حيث شمل في نص المادة 45 و 46 وكذا المادة 30 من المرسوم 85/12، ليشمل المقاول الفرعي وكل شخص إرتبط مع المرقي العقاري بعقد.

8) كذلك توسيع دائرة العيوب، فبالإضافة إلى العيوب التي جاءت في المادة 554 ق.م.ج " أي التي دد متانة البناء أو المنشأ الثابت " ، فيجب أن يشمل العيوب التي من شأنها أن تجعل العمل المقام غير صالح لتحقيق الغرض الذي أشأ من أجله .

9) إعادة صياغة نصوص قانونية خاصة ومنظمة، تتعلق بالضمانات الأخرى ( ضمان حسن الإنجاز، حسن السير عناصر التجهيز ) ، أسوة بالمشرع الفرنسي في هذا الخصوص، و لا يتركها مبهمة في نصوص القانون . 04/11

وفي الأخير وليس آخراً، نشير إلى أن المشرع الجزائري لحد الآن لم يتخلص بعد من بعض عيوبه الشائعة كالنصوص الغامضة والناقصة والإختصار المخمل أحيانا، والإسراف الممل أحيانا أخرى، وكذا عدم تطابق النص الفرنسي مع العربي ، الأمر الذي يثقل كاهل القضاة بعبء التفسير والبحث عن معاني النصوص ومدلولها، بدل الإنشغال بالوقائع محل النزاع، وهذا بلا شك يؤدي لا محال إلى عدم إستقرار الأحكام القضائية في القضاء الجزائري.

1 المراجع اللغوية

1. منجد اللغة و الاعلام، الطبعة السادسة و العشرين ، دار المشرق ، بيروت ، لبنان ؛
2. المنجد في اللغة والآداب والعلوم، المطبعة الكاثوليكية، الطبعة الأولى، بيروت، سنة 1960؛
3. القاموس المزدوج ، قاموس عام لغوي - علمي، دار الكتب العلمية، الطبعة الثالثة ، بيروت ، سنة 1971.

2 المراجع القانونية

أولا : المراجع باللغة العربية

1. ابراهيم أبو النجاة، التأمين في القانون الجزائري، الجزء الأول، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992؛
2. أحمد شعبان طه، المسؤولية المدنية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، سنة 2010؛
3. أحمد عبد العال قرين، الأحكام العامة لعقد المقاوله، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002-2003؛
4. أحمد عبد العالي أبو قرين، المسؤولية العقدية للمقاول والمهندس المعماري، الطبعة الأولى، 2001؛
5. إسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ج2، مكتبة عبد الله وهبه، القاهرة؛
6. أنور سلطان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار المعارف، القاهرة؛
7. أنور سلطان، مصادر الالتزام، الوجيز في النظرية العامة في الالتزام، دار النهضة العربية، بيروت، 1983؛
8. بشير هدي، الوجيز في شرح قانون العمل، الطبعة الثانية، دار الريحانة للكتاب، الجزائر، 2003؛
9. بلحاج العربي: النظرية العامة للإلتزامات، الجزء الثاني؛
10. بوبشير محمد أمقران، قانون الإجراءات المدنية، نظرية الدعوى، نظرية الخصومة، الإجراءات الاستثنائية، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2001؛
11. توفيق حسن الفرج، النظرية العامة للالتزام في مصادر الالتزام مع مقارنة بين القوانين العربية، الدار الجامعية، بيروت؛
12. جلال حمزة، المسؤولية في العمل غير المشروع باعتباره مصدر للالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، طبعة، الجزائر، سنة 1985؛
13. جلال علي عدوى، مصادر الالتزام، الدار الجامعية، سنة 1994؛
14. جميل الشرقاوي: نظرية البطلان التصرف في القانون المدني المصري؛
15. جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام، دار النهضة العربية، سنة 1995؛

16. حسن الدنون،، المبسوط في شرح القانون المدني ، المسؤولية عن فعل الغير، دار وائل للنشر ،عمان ،سنة 2006؛
17. حسن كيرة ، الموجز في أحكام القانون المدني ، الحقوق العينية الاصلية ،طبعة الرابعة ، منشأة المعارف ،الاسكندرية ،مصر ،سنة 1998؛
18. حسين تونسي، انحلال العقد، دراسة تطبيقية حول عقد البيع وعقد المقاولة، دار الخلدونية، الجزائر، سنة 2007،
19. حسين منصور، المسؤولية المعمارية، دار الفكر الجامعي، ، القاهرة،طبعة 2006؛
20. حمدي باشا عمر، القضاء العقاري في ضوء أحدث القرارات الصادرة عن مجلس الدولة والمحكمة العليا، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2002؛
21. خالد عبد الفتاح محمد: المسؤولية المدنية في ضوء أحكام محكمة النقض، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر؛
22. خالد ممدوح. البلديات والمحليات في ظل الأدوار الجديدة للحكومة. القاهرة. المنظمة العربية لمنظمة العربية للتنمية. 2009؛
23. خليل حسن قداد، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول؛
24. رمضان أبو السعود، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2002؛
25. سعاد الشراقوي، المسؤولية الإدارية، الطبعة الثانية، دار المعارف 1972، مصر؛
26. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني -الالتزامات-، ا لد الثاني، الفعل الضار والمسؤولية المدنية من المسؤولية المفترضة، الطبعة الخامسة؛
27. سليمان مرقس، بحوث وتعليقات على الأحكام في المسؤولية المدنية، مطبعة السلام، سنة 1987؛
28. سليمان مرقس، المسؤولية المدنية في التقنيات العربية، الأحكام العامة، القسم الأول، معهد البحوث والدراسات العربية، سنة 1971؛
29. السيد أحمد عبد الله، نظرية العقد في قانون المعاملات المدنية الإماراتي بالفقه الإسلامي؛
30. عبد الرزاق السنهوري، الموجز في النظرية العامة للالتزامات، طبعة 1946؛
31. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود الواردة على العمل، الجزء السابع، ا لد الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان؛
32. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود الواردة على العمل، الجزء السابع، ا لد الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان؛
33. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود الواردة على العمل، الجزء السابع، ا لد الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان؛
34. عبد الرزاق يس، رسالة دكتوراه "المسؤولية الخاصة بالمهندس المعماري ومقاول البناء، شروطها، نطاق تطبيقها والضمانات المستحدثة فيها"، مصر،

35. عبد اللطيف الحبشي ، المسؤولية عن الأخطاء المهنية ، الشركة العالمية للكتاب ، لبنان ، سنة 1987 م؛
36. عبد ايد الحكيم، عبد الباقي البكري محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، ج1، سنة 1980؛
37. عبد المنعم فرج الصده، مصادر الالتزام ، دراسة في القانون المصري و اللبناني، سنة 1979؛
38. عدنان إبراهيم سرحان، شرح القانون المدني، العقود المسماة، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2001؛
39. عدنان إبراهيم سرحان، شرح القانون المدني،العقود المسماة،مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع ،سنة 2001؛
40. العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، التصرف القانوني (العقد والإدارة المنفردة)؛ الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون، الجزائر، 2001؛
41. عز الدين الديناصوري ، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه القضاء. الجزء 01 منشأة المعارف. الإسكندرية، مصر، سنة 2004؛
42. علي علي سليمان، دراسات في المسؤولية في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، سنة 1984؛
43. علي فيلاي، الإلتزامات (النظرية العامة للعقد)، موفر للنشر، سنة 2001؛
44. علي فيلاي، الإلتزامات، العمل المستحق للتعويض، موقع للنشر، الجزائر، 2002؛
45. عوض الغازي، المسؤولية عن الأضرار بأموال الغير في الشرائع القديمة، دراسة مقارنة، سنة 2001؛
46. غازي أبو عراي، المقاوله من الباطن، الطبعة الأولى، سنة 2009؛
47. فتحي إبراهيم حسين، أساس المسؤولية العقدية في القانون الروماني، الطبعة الخامسة؛
48. فتيحة قره، أحكام عقد المقاوله، منشأة المعارف، الإسكندرية، سنة 1987؛
49. فوزي فيض الله، المسؤولية التقصيرية بين الشريعة والقانون، سنة 1982؛
50. قدرى الشهاوي، عقد المقاوله في التشريع المصري والمقارن، منشأة المعارف، الإسكندرية، سنة 2002؛
51. لبيب شنب:دروس في نظرية الالتزام، دار النهضة العربية؛
52. لبيب شنب، دروس في نظرية الالتزام، دار النهضة العربية؛
53. لبيب شنب، شرح أحكام عقد المقاوله في ضوء الفقه والقضاء، الطبعة الثانية، منشأة المعارف، الإسكندرية، سنة 2004؛
54. محمد جعفر، مسؤولية المقاول العقدية عن فعل الغير، الطبعة الأولى، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، سنة 2011؛
55. محمد حسنين، الوجيز في نظرية الالتزام، مصادر الإلتزامات وأحكامها في القانون المدني الجزائري، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، سنة 1983؛
56. محمد حنون جعفر، مسؤولية المقاول العقدية عن فعل الغير (دراسة مقارنة)، المؤسسة الحديثة للكتاب، الطبعة

- الأولى، لبنان، سنة 2011؛
57. محمد شكري سرور، مسؤولية مهندسي ومقاولي البناء والمنشآت التالية الأخرى، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي ، القاهرة، 1985؛
58. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، العقد والإدارة المنفردة، دار الهدى، الجزائر؛
59. محمد عبد الرحيم عنبر، الوجيز في عقد المقاولة و التوكيلات التجارية، الطبعة الثالثة؛
60. محمد عبد الرحيم عنبر، عقد المقاولة والتوكيلات التجارية، الطبعة الثانية، القاهرة، سنة 1978؛
61. محمد مرسى، العقود المسماة، الجزء الرابع، الطبعة الأولى، دار النشر الجامعات المصرية عمان ، سنة 1953؛
62. محمود جلال حمزة، المسؤولية الناشئة عن الأشياء غير الحية في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 1988؛
63. محمود جمال الدين زكي، عقد العمل في القانون المصري، مطابع الهيئة المصرية للكتاب ، الطبعة الثانية ، سنة 1982؛
64. مروان كساب، المسؤولية عن مدار الجوار، الطبعة الأولى، طباعة جون كلود انطوان الحلو، لبنان؛
65. مصطفى عبد السيد الجارحي، عقد المقاولة من الباطن، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، 1988؛
66. معوض عبد التواب، مدونة القانون المدني، الجزء الأول، منشأة المعارف، الإسكندرية، سنة 1987؛
67. المومني السعيد، التزامات صاحب العمل و انقضاء المقاولة، الطبعة الأولى ، سنة 1989؛
68. ناجي ياقوت، مسؤولية المعمارين، دار الهدى للطباعة والنشر؛ الاسكندرية، مصر
69. نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، ط 2001؛
70. نور الدين تركي، المبادئ العامة للمسؤولية المدنية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر؛
71. هاشم علي الشهوان، المسؤولية المدنية للمهندس الاستشاري في عقود الإنشاءات، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، سنة 2009؛
72. وحيد الدين سوار، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مطبعة الرياض، دمشق، سوريا، ص 1966؛
73. وهبة الزحيلي، نظرية الضمان، أحكام المسؤولية المدنية والجناحية في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، سنة 1976؛
74. الياس ناصيف، موسوعة العقود المدنية والتجارية، الجزء الخامس، طبعة 1997؛
75. ياسر الميناوي ، المسؤولية المدنية الناشئة عن تلوث البيئة ، دار الجامعة الجديدة ،الازايطة ،سنة 2008؛
76. ياسين الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية، نظرية العقد، الجزء الأول، دار وائل للنشر، عمان، سنة 2002؛

77. يوسف جبران، القانون والجريمة وشبه الجريمة، الطبعة الثانية، سنة 1981؛
78. يوسف جبران، النظرية العامة للموجبات، مصادر الموجبات، منشورات عويدات، مع الاشتراك مع ديوان المطبوعات الجامعية الجزائرية، طبعة 2، سنة 1981؛

### ثانيا : المراجع باللغة الفرنسية

1. Auby (Jean-Bernard), Point Market (Hugues), Droit de l'urbanisme et la construction, 4<sup>ème</sup> édition, Paris, 1995, p643-644.
2. Boubly (Bernard) : la responsabilité et l'assurance des architectes et entrepreneurs et autres constructeurs ,paris ،1979 p58.
3. Caston(M), la responsabilité des constructeurs, 2<sup>ème</sup> édition, 1979
4. Christian Atias Jean-Louis Bergel et al, Lexique droit immobilière, Dalloz, 2<sup>ème</sup> édition, 1994, p59.
5. Jean( Carbonnier), Droit civil, 4 les obligations
6. Karila (Jean-Pierre), responsabilité des constructeur, Paris, 1979
7. Karila( Jean. Pierre), Les responsabilités des constructeurs, 2<sup>ème</sup> édition, Delmas, Paris, 1991
8. Malinvaud (Philippe), Droit de la construction, édition Dalloz, 2000
9. Mazaud (m) ,traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle ,1956، paris
10. le touneau (ph). La responsabilité civile . 3 ème edition. Daloz. 1982. P 513
11. Saint-Alary (REGER) ,Saint-Alary(Houincoriny)· Droit de construction ,8<sup>ème</sup> edition , Dalloz 2006,Paris
12. Veney (Grenivière), Jourdaï (Patrice), Traite de droit civil, les conditions de la responsabilité, 2ème édition, LG.D.J, Paris, 1998.

3) الرسائل الجامعية

1. السيد عبد الحميد علي فودة ، مبدأ سلطان الارادة بين القانون الروماني والفقہ الاسلامي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، القاهرة؛
2. مصطفى الجارحي ، "عقد المقاولة في الشريعة الاسلامية و القانون" ، رسالة دكتوراه ، كلية الشريعة و القانون ، القاهرة ، 1989.
3. بوكرزاة أحمد، المسؤولية المدنية للقاصر، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة قسنطينة، سنة 2013-2014؛
4. بن عبد القادر زهرة، " طاق الضمان العشري للمشيدين دراسة مقارنة بين التشريعين الجزائري والفرنسي" ، بحث لنيل شهادة دكتوراه العلوم، باتنة، سنة 2008-2009؛
5. عياشي شعبان، عقد البيع على التصاميم، رسالة دكتوراه، قسنطينة، سنة 2011-2012؛
6. عمراوي فاطمة، " المسؤولية الجنائية لمشيدي البناء، مالك البناء، المهندس المعماري والمقاول" رسالة ماجستير، كلية الحقوق بن عكنون، الجزائر، 2000-2001؛
7. كمال فريجة، رسالة ماجستير "المسؤولية المدنية الطبية"، جامعة تيزي وزو، الجزائر، سنة 2012؛
8. ويس فتحي، " المسؤولية المدنية و الضمانات الخاصة في بيع العقار قبل الانجاز" ، رسالة ماجستير ، جامعة سعد دحلب البليلة، سنة 1999؛
9. شريف أحمد شريف حسين، "المسؤولية الناشئة عن دم البناء في القانون المدني الأردني" رسالة ماجستير ، سنة 1994 ، الاردن،
10. كرتوس أمينة، "المسؤولية الناشئة عن دم البناء في القانون الجزائري" رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، سنة 2000-200
11. عياشي شعبان، الضمان العشري لمهندسي ومقاولي البناء في القانون المدني الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة قسنطينة، سنة 1989،
12. بوسته شاخي، "المسؤولية الناشئة عن دم البناء -دراسة مقارنة-" رسالة ماجستير ، جامعة الحقوق ، قسنطينة ، سنة 1989.

4) المقالات

أولا : بالعربية

1. عياشي شعبان، أشخاص الضمان العشري في القانون الجزائري، ا لمة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، الجزء 42، رقم 02، كلية الحقوق، الجزائر، 2000؛
2. غازي أبو عرابي، الضمان العشري لمهندس ومقاول البناء ومدى خضوع المقاول من الباطن له، أبحاث اليرموك، سلسلة الإنسانية والاجتماعية، الأردن، العدد 2، جوان 2008؛

ثانيا : بالفرنسية

1. groslière (J.C.I) « La réforme de la responsabilité en matière de la construction», R. dr. Et ville
2. Jestaz(ph), la compétence professionnelle du promoteur de construction immobilière, D. 1969, Charon, p71

(5) القوانين

1. الأمر 71-85، المتضمن إحداث هيئة المراقبة التقنية للبناء و تحديد فانونا الأساسي ، منشور في ج ر عدد 4 لسنة 1971 الصادرة في 14/1/1971؛
2. الأمر 74-75 المؤرخ في 12/11/1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام، وتأسيس السجل العقاري؛
3. الأمر 95-07 المؤرخ 25/01/1995 ، المعدل و المتمم بالقانون 06/04، المؤرخ في 20/02/2006، المتعلق بالتأمينات ، المنشور في ج.ر عدد 15 الصادرة في 12/03/2006؛
4. القانون 66-15 المؤرخ في 13 ماي 1966 المتعلق بمهنة المهندس المعماري، المنشور في الجريدة الرسمية العدد 05 لسنة 1966، الصادرة بتاريخ 18 ماي 1966؛
5. القانون 86-07 ، المتعلق بالترقية العقارية المؤرخ 04/03/1986 المنشور في ج.ر عدد 10 الصادرة في 5/3/1986؛
6. القانون 04-05، المؤرخ 14/8/2004، المعدل و المتمم للقانون 90/29 المؤرخ في 1/12/1990، المتعلق بالتهيئة و التعمير ، المنشور في ج.ر عدد 51 الصادرة بتاريخ 15/08/2004؛
7. القانون 08-15 المؤرخ في 20/07/2008 المحدد لقواعد مطابقة البناءات و اتمام انجازها ، المنشور في ج.ر عدد 44 سنة 2008 الصادرة بتاريخ 05/08/2008؛
8. القانون 04/11، المؤرخ في 17 فيفري 2011، الذي يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية .ج.ر عدد 06؛
9. المرسوم التشريعي رقم 94/07 المؤرخ في 7 ذي الحجة عام 1414 الموافق ل 18 ماي 1994، جريدة رسمية عدد 32 لسنة 1994، يتعلق بشروط الإنتاج العمراني وممارسة مهنة المهندس المعماري المعدل و المتمم بالقانون 06/04 المتضمن إلغاء المواد من 50 إلى 55 من المرسوم 94/07 المنشور في ج.ر عدد 51 الصادرة في 18/04/2004؛
10. المرسوم التشريعي رقم 94/07 المؤرخ في 7 ذي الحجة عام 1414 الموافق ل 18 ماي 1994، جريدة رسمية عدد 32 لسنة 1994، يتعلق بشروط الإنتاج العمراني وممارسة مهنة المهندس المعماري المقال؛

11. المرسوم التنفيذي 205-86 (205-86)، (206-86)، (207-86)، (208-86)، (209-86)، مؤرخ في 13 ذي الحجة عام 1406 الموافق لأوت سنة 1986، جريدة رسمية عدد 34 لسنة 1986؛
12. المرسوم التنفيذي 91/176 والذي يحدد كفاءات تحضير شهادة التعمير ورخصة التجزئة وشهادة التقسيم ورخصة البناء وشهادة المطابقة ورخصة الهدم وتسليم ذلك؛
13. المرسوم التنفيذي 91/176 والذي يحدد كفاءات تحضير شهادة التعمير ورخصة التجزئة وشهادة التقسيم ورخصة البناء وشهادة المطابقة ورخصة الهدم وتسليم ذلك؛
14. المرسوم التنفيذي 95/414 المؤرخ في 09 ديسمبر 1995. المتعلق بإلزامية التأمين في البناء من مسؤولية المتدخلين المدنية والمهنية ج.ر.ع. 76 لسنة 1995؛
15. المرسوم التنفيذي 414 /95 ، المتعلق بإلزامية التأمين في مجال البناء و مسؤولية المتدخلين المدنية و المهنية ، المنشور في الجريدة الرسمية عدد 76 الصادرة في 10 /09 /1995؛
16. المرسوم التنفيذي 414 /95 ، المتعلق بإلزامية التأمين في مجال البناء و مسؤولية المتدخلين المدنية و المهنية ، المنشور في الجريدة الرسمية عدد 76 الصادرة في 10 /09 /1995؛
17. المرسوم التنفيذي 06/55 المؤرخ في 30 جانفي 2006 لشروط وكفاءات تعيين الأعوان المؤهلين، ج.ر.ع. عدد 6؛
18. المرسوم التنفيذي 84 /12 المؤرخ في 20/02/2012 المحدد لكفاءات منح الإعتماد لممارسة مهنة المرقى العقاري ، وكذا كفاءات مسك الجدول الوطني للمرقين العقاريين، المنشور في ج.ر.ع. عدد 11، الصادرة في 26 /07 /2012؛
19. المرسوم التنفيذي 12/85 المؤرخ في 20 فيفري 2012. يتضمن دفتر الشروط النموذجي الذي يحدد الإلتزامات والمسؤوليات المهنية للمرقى العقاري. منشور ج.ر.ع. عدد 11 الصادرة في 26/07/2012؛
20. المرسوم التنفيذي 14/99 الصادر في 9 مارس 2014 المحدد للنموذج نظام الملكية المشتركة في الترقية العقارية المنشور في الجريدة الرسمية عدد 14 الصادرة بتاريخ 16 مارس 2014؛
21. المرسوم التنفيذي 99 /14 الصادر في 9 /03 /2014 ، المحدد لنموذج نظام الملكية المشتركة في الترقية العقارية ، المنشور في ج.ر.ع. عدد 14 الصادرة في 16 /03 /2014+94.

6) الأحكام والقرارات

1. civ, 8/11/1900, G.P.1961/1, p63.
2. civ (1er chambre) 25/10/1967 B 1967/1, N311, p234.
3. - civ, 3/10/1973.B.1973-3, p354.
4. civ 21/10/1979.D.civ.1980.p224. civ 9/10/1979.J.C.P.19/4/1980.
5. Civ.28/11/1967.D.civ.P163, civ23/3/1968, Bul civ. 1968.3.n°.13,p104,
6. Civ.24/10/1967.J.C.P.1968-2-P15360.
7. Civ. 15 Juin 1863. D. 1963.1.421
8. civ, 3.17 Mars 1975, D. 1975, I.R.129.
9. civ, 3.17 Juil 1972, J.C.P. 1973.2.17392, note P.E.
  
- 10.- civ. 1.13 Juil 1961, D. 1961, p771.
- 11.- civ, 20 Juin 1989, Bull. Civ. 111. No 146. Cass civ 3e 26 Mai 1992, Bull. Civ. No 167
12. قرار المحكمة العليا الصادر في 17/11/1996، ا لمة القضائية، العدد 02، 1996، ص179 .

أ	المقدمة وإشكالية البحث
01	الفصل التمهيدي
01	المبحث الأول : مفاهيم حول المسؤولية المدنية
02	المطلب الأول : المسؤولية المدنية العقدية
02	الفرع الأول : المبادئ التي تحكم العقود
04	الفرع الثاني : : مضمون العقد
05	الفرع الثالث: كيفية تنفيذ العقد
08	الفرع الرابع : نطاق المسؤولية العقدية
10	المطلب الثاني : المسؤولية التقصيرية
10	الفرع الأول : تنظيم المسؤولية التقصيرية في القانون الجزائري
11	الفرع الثاني : أركان المسؤولية التقصيرية
14	المبحث الثاني : مفهوم عقد المقاولة
15	المطلب الأول : تعريف عقد المقاولة وخصائصه
15	الفرع الأول : تعريف عقد المقاولة
15	البند 1 : تعريف العقد
15	أ) في اللغة
15	ب) في القانون
16	البند 2 : تعريف عقد المقاولة
16	أ) في اللغة
16	ب) في القانون
17	الفرع الثاني : خصائص عقد المقاولة
19	المطلب الثاني : تمييز عقد المقاولة عن العقود المشابهة له
19	الفرع الأول : تمييز عقد المقاولة عما يشابهه من العقود التي ترد على العمل
19	البند 1 : تمييز عقد المقاولة عن عقد العمل
21	البند 2 : تمييز عقد المقاولة عن عقد الوكالة
23	الفرع الثاني : تمييز عقد المقاولة عما يشابهه من العقود الأخرى غير الواردة على العمل
23	البند 1 : تمييز عقد المقاولة عن عقد البيع
26	البند 2 : تمييز عقد المقاولة عن عقد الشركة
27	الباب الأول: المسؤولية المعمارية طبقا للقواعد العامة

28	الفصل الأول: لمسؤولية العقدية للمقاول والمهندس المعماري
29	المبحث الأول: أركان المسؤولية العقدية المعمارية
30	المطلب الأول: أركان المسؤولية العقدية للمقاول والمهندس المعماري عن الفعل الشخصي
30	الفرع الأول : الركن الأول : الخطأ العقدي (الإخلال بالتزام عقدي)
33	الفرع الثاني : الركن الثاني : الضرر
45	الفرع الثالث : الركن الثالث: العلاقة السببية بين الخطأ العقدي والضرر
49	المطلب الثاني :شروط المسؤولية العقدية للمقاول و المهندس المعماري عن فعل الغير
49	الفرع الأول : مفهوم المسؤولية العقدية المعمارية عن فعل الغير
51	الفرع الثاني: شروط المسؤولية العقدية المعمارية عن فعل الغير
53	الفرع الثالث : طبيعة مسؤولية المقاول والمهندس المعماري عن فعل الغير
55	المبحث الثاني: نطاق المسؤولية العقدية للمقاول و المهندس المعماري
56	المطلب الاول : شروط قيام المسؤولية العقدية
56	الفرع الاول :الشرط الاول : ضرورة وجود عقد مقاولة صحيح بين المقاول أو المهندس و بين رب العمل
57	البند 1: التراضي في عقد المقاول
64	البند2: المحل
69	البند3: السبب في عقد المقاول
70	الفرع الثاني :الشرط الثاني: الإخلال بالتزام عقدي نتج عنه ضرر
70	البند 1 :التزامات المقاول
77	البند 2 :إخلال المهندس بالتزاماته العقدية
88	البند3: الالتزامات المشتركة بين المقاول و المهندس المعماري
96	المطلب الثاني : نطاق المسؤولية العقدية للمقاول و المهندس المعماري عن فعل الغير (المساعدين أو الأعوان)
96	الفرع الاول: مدى حق المقاول في الاستعانة بالأعوان
97	الفرع الثاني: تمييز أعوان المقاول عن المقاول الفرعي
98	الفرع الثالث : طبيعة مسؤولية المقاول عن فعل الأعوان أو المساعدين
100	المطلب الثالث : نطاق مسؤولية المقاول عن أخطاء المقاولين من الفرعيين
100	الفرع الاول : مفهوم عقد المقاول الفرعية
100	البند1: تنظيم عقد المقاول الفرعية

101	البند2: مسؤولية المقاول الأصلي عن أعمال المقاول الفرعي
102	الفرع الثاني : مدى إمكانية إعفاء المقاول الأصلي من مسؤولية المقاول الفرعي
105	المبحث الثالث : النظام القانوني للمسؤولية العقدية للمقاول و المهندس المعماري
105	المطلب الأول : إثبات المسؤولية العقدية وتعديل قواعدها
105	الفرع الأول : إثبات المسؤولية العقدية
105	البند1 : إثبات الخطأ العقدي
107	البند2: إثبات الضرر
107	البند3: إثبات العلاقة السببية
108	الفرع الثاني : تعديل قواعد المسؤولية العقدية
108	البند1: الاتفاق على التشديد و التخفيف من المسؤولية
110	البند2: الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية العقدية
114	المطلب الثاني: آثار المسؤولية العقدية للمقاول و المهندس المعماري
115	الفرع الاول : الفسخ
116	الفرع الثاني: التعويض
119	الفرع الثالث : التعويض الإضافي
120	خاتمة الفصل الأول
121	الفصل الثاني: المسؤولية التقصيرية المعمارية
122	المبحث الأول : المسؤولية التقصيرية لمالك البناء طبقا لنص المادة 140 ق.م.ج
123	المطلب الأول : شروط تطبيق المادة 2/140 ق.م.ج الخصة بانهيار البناء
123	الفرع الأول : ملكية في القانون الفرنسي و الجزائري أو حراسته في القانون المصري
123	البند 1 : ملكية البناء أو حراسته في التشريعات المقارنة
128	البند 2 : المقصود بالبناء
132	الفرع الثاني: أن يكون الضرر ناشئا عن التهدم الكلي أو الجزئي للبناء
132	البند1: مفهوم تهدم البناء
133	البند2 : أن يرجع التهدم إلى نقص في الصيانة أو عيب في البناء أو قدم فيه
135	البند3 : حالة التهدم لأسباب أخرى
137	المطلب الثاني : نطاق تطبيق التنظيم الخاص بالإجراءات الوقائية الواردة بالفقرة الثالثة من المادة 140 ق.م.ج
139	المطلب الثالث : الأساس القانوني الذي تبنى عليه الفقرة الثانية الخاصة بالمسؤولية عن تهدم البناء من

	المادة 140 ق.م.ج
141	الفرع الاول : أساس المسؤولية في القانون الفرنسي
143	الفرع الثاني : أساس المسؤولية في القانون المصري والجزائري
143	البند1: في القانون المصري
144	البند2 : في القانون الجزائري
145	الفرع الثالث : لأساس القانوني للفقرة الثالثة الخاصة بالإجراءات الوقائية للبناء
147	المطلب الرابع : استبعاد المسؤولية عن تهدم البناء من النطاق العقدي، ومستقبل نص المادة 2/140 ق.م.ج
148	الفرع الاول : استبعاد المسؤولية عن تهدم البناء من النطاق العقدي
148	البند1: عدم جواز الجمع بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية
149	البند2 : تطبيق المبادئ العامة في نطاق مسؤولية مالك البناء
150	الفرع الثاني : مستقبل المادة 2/140-3 ق.م.ج
150	البند1: مستقبل الفقرة الثانية من المادة 140 مدني جزائري
151	البند2: مستقبل الفقرة الثالثة من المادة 140 مدني جزائري
152	المطلب الخامس : دفع المسؤولية الناشئة عن تهدم البناء و رجوع المسؤول الملزم بالتعويض على الغير
153	الفرع الاول: دفع المسؤولية الناشئة عن تهدم البناء
158	الفرع الثاني: رجوع المسؤول الملزم بالتعويض على الغير
165	المبحث الثاني : المسؤولية التقصيرية للمقاول و المهندس المعماري
166	المطلب الأول: أركان مسؤولية المقاول والمهندس المعماري عن الفعل الضار على ضوء صور المسؤولية التقصيرية
166	الفرع الأول: مسؤولية المقاول والمهندس المعماري على ضوء المسؤولية عن الفعل الشخصي
167	البند 1 : الركن الأول : الخطأ
171	البند2 : الركن الثاني : الضرر
173	البند3: الركن الثالث: العلاقة السببية
175	الفرع الثاني : مسؤولية المقاول والمهندس على ضوء المسؤولية عن فعل الغير
176	البند1: شروط مسؤولية المتبوع عن أفعال تابعه
177	البند2: أساس المسؤولية
178	الفرع الثالث : مسؤولية المقاول والمهندس المعماري على ضوء المسؤولية عن فعل الشيء
179	البند1: شروط مسؤولية حارس الأشياء

180	البند2 :أساس مسؤولية حارس الأشياء
181	المطلب الثاني : نطاق المسؤولية التقصيرية للمقاول و المهندس المعماري
181	الفرع الأول: المسؤولية التقصيرية للمقاول و المهندس المعماري عن العمل الشخصي في مواجهة رب العمل
182	أولا : حالة الغش أو التدليس
184	ثانيا : مجانية الخدمة المقدمة من المقاول أو المهندس المعماري
185	ثالثا: المسؤولية الاضرار التي تصيب رب العمل في جسمه أو في أمواله التي لا صلة لها بعملية البناء
185	رابعا : رجوع رب العمل بدعوى الحلول
187	الفرع الثاني : نطاق مسؤولية المقاول و المهندس المعماري عن فعل العمال و الفنيين
189	المطلب الثالث: المسؤولية التقصيرية للمقاول و المهندس المعماري تجاه الغير الاجنبي
189	الفرع الاول : رجوع المارة على المقاول و المهندس المعماري
191	الفرع الثاني : رجوع الجار على المقاول و المهندس المعماري على أساس مضار الجوار غير المألوفة
195	المطلب الرابع: المسؤولية التقصيرية للمقاول الفرعي (الباطن)
195	الفرع الاول: مفهوم المسؤولية التقصيرية للمقاول الفرعي تجاه رب العمل
196	الفرع الثاني : نطاق المسؤولية التقصيرية للمقاول الفرعي
196	البند1 : المسؤولية التقصيرية للمقاول الفرعي أمام المقاول الأصلي
197	البند2 : مسؤولية المقاول الفرعي التقصيرية في مواجهة رب رب العمل
198	الفرع الثالث : جواز مطالبة المقاول الفرعي وعمال المقاول الأصلي لرب العمل بالأجر مباشرة
199	البند1 : الحق في إقامة المقاول الفرعي لدعوى مباشرة أمام رب العمل
202	البند2 : حق الإمتياز في حالة توقيع الحجز
205	خاتمة الفصل الثاني
206	الباب الثاني : المسؤولية المعمارية طبقا للقواعد الخاصة
207	الفصل الاول: الضمان العشري
208	المبحث الاول: أطراف الضمان العشري و شروطه
209	المطلب الاول : أطراف الضمان العشري
209	الفرع الاول : الأشخاص المسؤولون
211	البند1: في القانون الجزائري
222	البند2 : الأشخاص المسؤولون في ظل القانون الفرنسي المعدل رقم 12 لسنة 1978
233	الفرع الثاني: الاشخاص الدائنون بالضمان (المستفيدون به)

239	المطلب الثاني : شروط تطبيق الضمان العشري
239	الفرع الأول : الشروط الموضوعية
239	البند 1 : الأعمال
240	البند 2 : الأضرار الموجبة للضمان
244	الفرع الثاني: الشروط الشكلية (شروط المدة التي يجب أن يتحقق خلالها الضرر)
244	البند 1 : تحديد بداية الضمان
247	البند 2 : الطبيعة القانونية للمدة
249	الفرع الثالث : الطبيعة القانونية للضمان العشري
252	المبحث الثاني : أحكام الضمان العشري ومدى خضوع المقاول من الباطن له
253	المطلب الاول : أحكام الضمان العشري
253	الفرع الأول : نظام الإثبات في الضمان العشري
253	البند 1 : في القانون الفرنسي
256	البند 2 : في القانون الجزائري
257	الفرع الثاني : مدى الارتباط بين مسؤولية المهندس المعماري ومسؤولية المقاول
259	الفرع الثالث : أسباب الإعفاء من المسؤولية ومدى صحة الاتفاقات المتعلقة بها
259	البند 1 : دفع المسؤولية العشرية
265	البند 2 : مدى صحة الاتفاقات المتعلقة بالضمان العشري
269	المطلب الثاني: المقاول من الباطن والمسؤولية العشرية
270	الفرع الأول : أسباب عدم خضوع المقاول من الباطن للضمان العشري
271	الفرع الثاني : مناقشة الحجج والأسانيد القانونية التي أدت إلى عدم إخضاع المقاول من الباطن للضامن العشري
276	خاتمة الفصل الأول
277	الفصل الثاني: الضمانات القانونية الخاصة الاخرى وانتهاء عقد المقاولة
278	المبحث الاول: الضمانات القانونية الخاصة الاخرى
279	المطلب الاول : ضمان الأعمال أو الضمان الثنائي "la garantie biennale" المقرر بمقتضى القانون رقم 3 لسنة 1967
279	الفرع الاول: موضوع الضمان الأعمال الصغيرة "les menus ouvrages"
279	البند 1: الأعمال الصغيرة قبل قانون 3 جانفي 1967

281	البند2: الأعمال الصغيرة طبقا لقانون 3 جانفي لسنة 1967 ومرسوم تطبيقه رقم 1166 لسنة 1967
282	الفرع الثاني : المدة كشرط لإعمال أحكام ضمان الأعمال الصغيرة
282	البند1 : ضمان الأعمال الصغيرة في طوره القضائي
286	البند2 : ضمان الأعمال الصغيرة (الضمان الثنائي) في طوره التشريعي
288	المطلب الثاني :الضمانات المستحدثة في القانون الفرنسي (القانون رقم 12 لسنة 1978) و في القانون الجزائري(القانون 04/11)
289	الفرع الاول: ضمان كفاءة الأداء أو انتظام العمل "la garantie de bon fonctionnement"
291	البند1: نطاق تطبيق ضمان كفاءة الأداء
293	البند2: الشروط الواجب توافرها في عنصر التجهيز حتى يكون محلا لضمان كفاءة الأداء
294	البند3: النظام القانوني لضمان كفاءة الأداء أو حسن سير عناصر التجهيز
297	الفرع الثاني: ضمان تمام الإنجاز أو الضمان السنوي، أو ضمان التشطيب في القانون الفرنسي
297	البند1: النطاق الشخصي لتطبيق أحكام ضمان تمام الإنجاز
299	البند2: النطاق الموضوعي لتطبيق أحكام ضمان الإنجاز أو الضمان السنوي
302	البند3: النظام القانوني لضمان تمام الإنجاز (الضمان السنوي)
305	الفرع الثالث : ضمان تمام الانجاز في القانون الجزائري
306	البند1: الطبيعة القانونية لضمان حسن التنفيذ في القانون الجزائري
307	البند2: نطاق ضمان حسن التنفيذ
308	البند3: مدة ضمان حسن التنفيذ
309	المبحث الثاني : انتهاء عقد المقاولة
310	المطلب الأول : الأسباب العامة لانتهاء عقد المقاولة
310	الفرع الأول : الانتهاء المعتاد بتنفيذ عقد المقاولة
311	الفرع الثاني : انتهاء عقد المقاولة قبل التنفيذ
315	المطلب الثاني : الأسباب الخاصة لانتهاء عقد المقاولة
315	الفرع الأول : تحلل رب العمل من المقاولة بإرادته المنفردة
319	الفرع الثاني :موت المقاول
322	خاتمة الفصل الثاني
323	الخاتمة العامة
327	قائمة المراجع



### ملخص

إن المسؤولية المدنية المعمارية، هي تلك المسؤولية التي تعالج مدى تحمل مالك البناء أو المقاول أو المهندس المعماري لنتائج أفعاله الضارة، سواء ما تعلق بالمسؤولية العقدية أو التقصيرية. ومن خلال دراستنا استنتجنا أن المسؤولية العقدية تقوم في حالة توافر شروطها، والمتمثلة في ضرورة وجود عقد مقاوله صحيح بين المقاول أو المهندس المعماري، وبين رب العمل. والشرط الثاني، أن يصدر إخلال بتنفيذ أحد الالتزامات الناشئة عن عقد المقاوله. أما المسؤولية التقصيرية، فتقوم في مواجهة المالك، إذا توافرت شروط المادة 2/140 - 3 ق.م.ج، كما تقوم في حق المقاول أو المهندس المعماري، متى تحققت جميع أركانها، سواء عن الفعل الشخصي، أو عن فعل الغير. واستنتجنا كذلك، أن المشرع من أجل إصباح حماية أكثر، في المال العمراني، قد نصّ على ضمانات أخرى، تتمثل أساساً في " الضمان العشري " بمقتضى نص المادة 554 ق.م.ج، وكذلك نص على ضمانات خاصة تكملية جاء بها بموجب القانون 04/11 والمتمثلة في " ضمان حسن الإنجاز "، و" ضمان سير عناصر التجهيز ".

#### كلمات مفتاحية:

- **المسؤولية:** هي إخلال الشخص بالتزام قانوني أو إتفاقي.
- **المقاوله:** عقد يقصد به أن يقوم شخص يسمى المقاول، بعمل لحساب شخص آخر يسمى رب العمل، مقابل أجر، ودون أن يخضع لإشرافه وإرادته.
- **البناء:** مجموعة من المواد جعلت منها يد الإنسان وحدة متماسكة، تتصل بالأرض إتصال قرار.
- **تهدم:** تفكك أجزاء البناء عن بعضها البعض.
- **ضرر:** هو الأذى الذي يصيب الشخص نتيجة المساس بمصلحة مشروعة له، أو بحق من

حقوقه.